



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2019/2

Autorzy

Weronika Adamska, Agnieszka Anusz, Marcin Biskupski,
Marcin Jędrysiak, Paweł Kołek, Małgorzata Koterba,
Rafał Marek, Patrycja Palichleb, Gabriela Rauch,
Dominika Sekulska, Piotr Sekulski, Michał Szymański

Skład i korekta językowa

Wydawnictwo Kasper
www.wydawnictwokasper.pl

Kolegium Redakcyjne

Annamaria Linczowska, Magdalena Michalska,
Michał Passon, Michał Różyczka, Grzegorz Serafin,
Maja Wisła-Szopińska (redaktor naczelna)

Adres redakcji

ul. Straszewskiego 25/9, 31–113 Kraków
internetowypp@gmail.com, <http://www.tbsp.wpia.uj.edu.pl/ipp>

Wydawca

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego
ISSN 1689–9601

Spis treści

Marcin Jędrysiak

**Odmowa wydania interpretacji indywidualnej
prawa podatkowego w świetle przesłanek wydania
decyzji stwierdzającej unikanie opodatkowania 5**

Weronika Adamska

**On Non-Normative Functions of State of Emergency.
A Glimpse at French *état d'urgence* 24**

Paweł Kołek

**Elektrownie wiatrowe – skutki podatkowoprawne
na gruncie podatku od nieruchomości 33**

Agnieszka Anusz

**Podmiotowość prawna osoby elektronicznej a rozwój sztucznej
inteligencji w wybranych obszarach prawa konsumenckiego..... 42**

Dominika Sekulska, Piotr Sekulski

**Alternatywne spółki inwestycyjne i ich zarządzający
jako nowa forma regulowanej działalności inwestycyjnej w Polsce ... 52**

Rafał Marek

**Some Remarks about the Legislative Provisions
of the Pavia Council of 1022..... 65**

Michał Szymański

**Bezpieczeństwo Światowych Dni Młodzieży –
specustawa i inne szczególne regulacje prawne 81**

Marcin Biskupski

**Physician-assisted Suicide. Reflections on the Possibility
of Legalization on the Basis of the Polish Legal System 89**

Gabriela Rauch

Problematyka śmierci w ujęciu prawno-etycznym..... 97

Małgorzata Koterba

**Stwierdzenie stanu wolnego wiernych Kościoła anglikańskiego
na forum Kościoła rzymsko-katolickiego..... 106**

Marcin Jędrysiak¹

Odmowa wydania interpretacji indywidualnej prawa podatkowego w świetle przesłanek wydania decyzji stwierdzającej unikanie opodatkowania

Streszczenie:

Od 2016 roku w polskim systemie podatkowym funkcjonuje klauzula ogólna zapobiegająca unikaniu podwójnego opodatkowania. Pozwala ona na pominięcie formy prawnej czynności będącej sprzecznej z przedmiotem lub celem ustawy i wymierzenie podatku w sposób zgodny z prawdziwymi skutkami ekonomicznymi transakcji. W celu ochrony podatnika wprowadzono także instytucję opinii zabezpieczających.

Wbrew zamierzeniom ustawodawcy, na gruncie praktyki doszło do powstania konkurencji opinii z innymi instrumentami ochrony prawnej: w szczególności interpretacjami indywidualnymi. Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej ma bowiem prawo odmówić wydania interpretacji w sytuacji, w której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że istnieją warunki do wydania decyzji, o której mowa w art. 119a Ordynacji podatkowej. Organy nie biorą pod uwagę tego, czy doszło do zaistnienia przesłanek negatywnych wydania tej decyzji, o których mowa w art. 119b Ordynacji i nie wzywają podatnika do uzupełnienia wniosku o interpretację w odpowiednim zakresie. Budzi to zastrzeżenia podatników oraz niektórych sądów administracyjnych. Wskazuje się, że organ powinien wezwać podatnika do uzupełnienia wniosku, gdyż art. 119b warunkuje wydanie decyzji określonej w art. 119a.

Do podejścia organów można sformułować wiele zarzutów dotyczących zarówno wadliwego sposobu sformułowania przepisu, jak i dokonywanej wykładni terminu „uzasadnione przypuszczenia”, który pomija ogólne zasady postępowania podatkowego i jego systemowy kontekst. Przepisy budzą także wątpliwości w świetle techniki prawodawczej.

¹ Doktorant na Katedrze Doktryn Politycznych i Prawnych Uniwersytetu Wrocławskiego, redaktor naczelny czasopisma „Przegląd Europejskiej Kultury Prawnej”.

Biorąc pod uwagę powyższe, możliwe jest sformułowanie szeregu zastrzeżeń co do dotychczasowej praktyki organów podatkowych.

Słowa kluczowe: podatki, interpretacja indywidualna, ordynacja podatkowa, odmowa, procedura podatkowa

Wprowadzona do polskiego systemu prawnego w 2016 roku instytucja klauzuli ogólnej zapobiegającej unikaniu podwójnego opodatkowania (zwana także klauzulą antyabuzywną) wiązała się także ze stworzeniem nowej instytucji prawnej, mającej na celu ochronę praw podatnika. Mowa tutaj o tzw. opiniach zabezpieczających wydawanych przez Szefa Krajowej Informacji Skarbowej na podstawie art. 119w Ordynacji podatkowej². Zgodnie z tym przepisem, Szef Krajowej Administracji Skarbowej wydaje opinię zabezpieczającą jeżeli przedstawione we wniosku okoliczności wskazują, że do czynności nie ma zastosowania klauzula ogólna. Instrument ten miał zwiększać ochronę prawną podatnika poprzez prawne gwarancje, iż dana transakcja nie zostanie uznana za formę unikania opodatkowania.

Opisany tutaj środek ochrony prawnej nie jest jednak jedynym podobnym instrumentem znanym w polskim ustawodawstwie. Wskazać tutaj można także instytucje zastosowania się do utrwalonej praktyki orzeczniczej (art. 14n § 4–6 o.p.), wyjaśnień podatkowych ministra finansów (art. 14a § 1 pkt 2 o.p.), czy przede wszystkim – interpretacji indywidualnych i ogólnych wydawanych przez Ministra Finansów.

Rodzić to może pytanie, czy wobec takiej mnogości pozornie podobnych instrumentów nie dojdzie do sytuacji ich wzajemnej konkurencji. W kontekście interpretacji indywidualnych oraz opinii zabezpieczających przewidziano sytuację, w której podatnik zwraca się o wydanie interpretacji indywidualnej, lecz zachodzi uzasadniona wątpliwość co do tego, czy podatnik nie próbuje unikać opodatkowania, co byłoby przesłanką do wydania przez organ decyzji na podstawie klauzuli antyabuzywnej. Instrumentem prawnym chroniącym przed skorzystaniem przez organ z art. 119a jest właśnie opinia zabezpieczająca. Relację między interpretacjami indywidualnymi a opiniami zabezpieczającymi reguluje art. 14b § 5b. Zgodnie z nim, nie wydaje się interpretacji indywidualnej w zakresie tych elementów stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego co do których istnieje uzasadnione przypuszczenie, że mogą być przedmiotem decyzji wydanej z zastosowaniem art. 119a lub stanowić nadużycie prawa, o którym mowa w art. 5 ust. 5 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług³. Odmowa ta następuje w drodze postanowienia, na które przysługuje zażalenie. Jednocześnie organ interpretacyjny uprawniony do wydania interpretacji indywidualnej zwraca się do Szefa Krajowej Administracji Skarbowej o opinię w zakresie, o którym mowa w § 5b, chyba że stan faktyczny lub zdarzenie przeszłe odpowiadają zagadnieniu, które było przedmiotem uzyskanej uprzednio opinii Szefa Krajowej Administracji Skarbowej. Opinię Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, której przedmiotem jest zagadnienie odpowiadające stanowi faktycznemu lub zdarzeniu przyszłemu przedstawionemu

² Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2017, poz. 201 ze zm.).

³ Dz.U. z 2016, poz. 710 ze zm.

we wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej, wraz z wnioskiem organu uprawnionego do wydania interpretacji indywidualnej o jej wydanie, po usunięciu danych identyfikujących wnioskodawcę oraz inne podmioty w nich wskazane, dołącza się do akt sprawy.

W praktyce sytuacja taka zachodzi bardzo często – według odpowiedzi na interpelację poselską numer 11902 tylko w okresie od 15 lipca 2016 roku do 27 kwietnia 2017 roku wydano 584 postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania o wydanie interpretacji indywidualnej⁴. Zanim dany podmiot wniesie o wydanie interpretację indywidualną, jest zatem zmuszony do uzyskania opinii zabezpieczającej.

W tym kontekście warto zwrócić wagę na art. 14na pkt 1 Ordynacji podatkowej⁵, który wskazuje, że przepisów art. 14k – 14n o.p. (przepisy dotyczące ochrony wnioskodawcy) nie stosuje się, jeżeli stan faktyczny lub zdarzenie przyszłe będące przedmiotem interpretacji indywidualnej stanowi element czynności będących przedmiotem decyzji wydanej z zastosowaniem art. 119a.

Opisane odmowy wydania interpretacji indywidualnej spotykają się jednak z wieloma wątpliwościami. Po pierwsze, istnieją rozbieżności co do rozumienia przesłanki odmowy wydania interpretacji indywidualnej. Uzależniona jest ona od tego, czy organ uzna, że istnieje „uzasadnione przypuszczenie”, że zachodzi możliwość wydania decyzji na podstawie art. 119a – pojęcie to jest nieokreślone (czy są „uzasadnione podejrzenia”?) i tworzy sytuację, w której organ interpretacyjny musi wykazać się prawidłową analizą przesłanek w ramach uznania administracyjnego. Nie jest też pewne, czy organ powinien brać pod uwagę jedynie okoliczności wskazujące na występowanie unikania opodatkowania, czy też zwrócić uwagę na negatywne przesłanki określone w art. 119b o.p. Ponadto zastrzeżenia podatników wzmacnia porównanie opłat za wydanie interpretacji indywidualnej (40 zł za jeden stan faktyczny lub zdarzenie przyszłe) oraz opinii zabezpieczającej (20 000 zł). Powoduje to pewną dodatkową presję na organ podatkowy, ze względu na zapisaną w przepisach o.p. zasadę budowania zaufania do organów podatkowych, a także art. 2a – zasadę rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika. Podatnicy mogą mieć bowiem wątpliwości dotyczące tego, czy odmowa wydania interpretacji jest uzasadniona, czy też nie jest próbą uzyskania przez państwo wyższej opłaty za uzyskanie przez podatnika ochrony prawnej⁶.

Biorąc pod uwagę powyższe można sformułować tezę, iż przyjęta przez sądy i organy praktyka jest niesłuszna, niezgodna z treścią oraz celami przepisów o.p. W celu zweryfikowania tej tezy konieczna jest prawno-dogmatyczna analiza przepisów warunkujących odmowę wydania interpretacji indywidualnej. Niezbędne jest także dokonanie empirycznej analizy poglądów obecnych w wyrokach sądowych, wydanych na skutek skarg podatników oraz opatrzenie ich odpowiednim komentarzem. Pozwoli to na stwierdzenie jakie przesłanki decydują o tym, że organy interpretacyjne odmawiają wydania

⁴ Interpelacja nr 11902 w sprawie odmów wydania indywidualnych interpretacji podatkowych, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/interpelacja.xsp?typ=INT&nr=11902>, 12.03.2018.

⁵ Dz.U. z 2018, poz. 800; dalej jako: o.p.

⁶ M. Kaczmarek, *Czy warto wystąpić o opinię zabezpieczającą*, <http://www.rp.pl/Postepowanie-podatkowe/305299991-Czy-warto-wystapic-o-opinie-zabezpieczajaca.html>, 12.03.2018.

interpretacji (a niektóre sądy uznają taką odmowę za uzasadnioną), jak motywują ich zastosowanie i w jaki sposób negują argumenty podatników na rzecz wydania interpretacji indywidualnej w danej sytuacji. Jednocześnie wskazane zostaną wyroki sądowe, z których treści wynikać będzie krytyka istniejącej obecnie praktyki odmawiania wydania interpretacji indywidualnej w związku z możliwością wydania decyzji, o której mowa w art. 119a o.p. Celem pracy jest także krytyka redakcyjnej formy przepisów regulującej możliwość odmowy wydania interpretacji.

1. Problem konkurencji instrumentów – wnioski z innych systemów prawnych

Źródła problemów z wzajemnymi relacjami między interpretacjami indywidualnymi oraz opiniami zabezpieczającymi można upatrywać w tym, że w innych państwach, w których funkcjonuje klauzula antyabuzywna, nie istnieją obok siebie dwa takie instrumenty ochrony prawnej. Nie ma więc przestrzeni do ich konkurencji i problemu rozstrzygania kolizji między nimi. Przykładowo, prawodawstwo niemieckie zawiera odpowiednik interpretacji indywidualnych (*Verbindliche Auskunft*), nie zawiera jednak instytucji podobnych do opinii zabezpieczających, podobnie jak ustawodawstwo czeskie czy belgijskie. Z drugiej strony odpowiednik opinii zabezpieczających zawiera ustawodawstwo francuskie⁷, nie przewidując jednak odpowiednika interpretacji indywidualnych. Istnieją tzw. reskrypty, które dotyczą wąskich kategorii spraw i bardziej przypominają zgody organów podatkowych na pewne działania podatników, przy czym formą reskryptu są także wspomniane odpowiedniki opinii zabezpieczających⁸. Ponadto istnieją nieformalne i niewiążące podatnika ani organu podatkowego informacje podatkowe⁹. W większości państw Unii Europejskiej w ogóle brakuje zaś instrumentów ochrony prawnej zapobiegających zastosowaniu klauzuli ogólnej. Warto dodać też, że nie we wszystkich krajach odpowiedniki interpretacji lub opinii zabezpieczających wiążą się z koniecznością poniesienia kosztu w postaci opłaty za wnioski.

Stąd nie powinny dziwić istniejące problemy z wzajemnymi relacjami obu instrumentów prawnych – ich współistnienie jest pewnym ewenementem w skali europejskiej.

2. Zakres ochrony prawnej wynikającej z interpretacji indywidualnych oraz z opinii zabezpieczających

Zarówno indywidualne interpretacje przepisów prawa podatkowego, jak i opinie zabezpieczające są instrumentami mającymi bardzo podobną funkcję: mają one za zadanie chronić podatnika. Dotyczą one spraw indywidualnych, nie mając charakteru uniwersalnych wyjaśnień. Różny jest jednak ich kontekst i przed innymi rodzajami problemów mają one podatnika chronić.

⁷ A. Olesińska, *Klauzula ogólna przeciwko unikaniu podatkowania*, Toruń 2003, s. 153–154. Prawo to jest jednak ograniczone do czynności planowanych i nie dotyczy tych, które jeszcze nie miały miejsca.

⁸ W. Morawski, *Interpretacje prawa podatkowego i celnego*, Warszawa 2012, s. 346 i nast.

⁹ *Ibidem*, s. 352–353.

Interpretacja indywidualna jest narzędziem służącym do ochrony przed niejasnymi i często zmieniającymi się przepisami prawa podatkowego. Stanowi ona konkretyzację prawa podatnika do informacji i pomaga w realizacji obowiązków nałożonych na niego przez ustawy podatkowe. Walec tej funkcji zwiększa obowiązkowa publikacja tych interpretacji w Biuletynie Informacji Publicznej Ministra Finansów. Interpretacja podatkowa pełni też funkcję gwarancyjną, której istota została określona w art. 14k Ordynacji podatkowej. Jak głosi ten przepis: zastosowanie się do interpretacji indywidualnej przed jej zmianą, stwierdzeniem jej wygaśnięcia lub przed doręczeniem organowi podatkowemu odpisu prawomocnego orzeczenia sądu administracyjnego uchylającego interpretację indywidualną nie może szkodzić wnioskodawcy, jak również w przypadku nieuwzględnienia jej w rozstrzygnięciu sprawy podatkowej. W zakresie związanym z zastosowaniem się do interpretacji, która uległa zmianie, której wygaśnięcie stwierdzono lub interpretacji nieuwzględnionej w rozstrzygnięciu sprawy podatkowej, nie wszczyna się postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe, a postępowanie wszczęte w tych sprawach umarza się oraz nie nalicza się odsetek za zwłokę.

Interpretacja indywidualna stanowi formę wykładni operatywnej, zawiera ocenę możliwości zastosowania konkretnych przepisów w relacji do indywidualnych okoliczności zaszłego lub przewidywanego stanu faktycznego¹⁰.

Interpretacje indywidualne mogą odnosić się do bardzo szeroko zakreślonej kategorii spraw. Z drugiej strony nie chronią one w żaden sposób przed zastosowaniem klauzuli ogólnej. Jak wskazuje się niekiedy w orzecznictwie, interpretacja nie ma na celu zapewnienia bezpieczeństwa formom optymalizacji podatkowej podatników¹¹.

Opinie zabezpieczające wiążą się z dużo bardziej ograniczonym zakresem ochrony: chronią podatnika jedynie przed możliwością wydania przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej decyzji, o której mowa w art. 119a. Odmawia się wydania opinii zabezpieczającej jeżeli istnieją przesłanki do wydania tej decyzji. Jednocześnie zakres ochrony wynikający z opinii zabezpieczającej (bądź opinii niewydanej w terminie 6 miesięcy od dnia złożenia wniosku) znacząco różni się od zakresu ochrony wynikającego z interpretacji indywidualnej lub ogólnej. Zakres ochrony jest ten sam, niezależnie od tego, na którym etapie złożono wniosek o jej wydanie¹². Nie zapewniają one takiej ochrony, jak ta wynikająca z art. 14k. Podatnik nie uzyskuje informacji o tym, czy prawidłowo interpretuje przepis i płaci podatek.

Istnieje więc zasadnicza różnica jakościowa między oboma instrumentami ochrony prawnej. Stąd nie można ich traktować zamiennie, są to środki wzajemnie się uzupełniające, lecz nie wykluczające się czy powielające ten sam zakres ochrony. Sposób ich uregulowania sprawia jednak, że stają się instrumentami *de facto* konkurencyjnymi lub wzajemnie się warunkującymi – niekiedy może okazać się koniecznym uzyskanie opinii zabezpieczającej przed uzyskaniem interpretacji indywidualnej.

¹⁰ J. Brolik, *Urzędowe interpretacje prawa podatkowego*, Warszawa 2010, s. 58.

¹¹ Wyrok NSA z 28 czerwca 2017 r., II FSK 935/17, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

¹² G. Kujawski, *Klauzula generalna unikania opodatkowania. Komentarz do zmian w ordynacji podatkowej*, Warszawa 2017, s. 156.

3. Przesłanki wydania decyzji w trybie art. 119a o.p.

Jak głosi art. 14b § 5b o.p., nie wydaje się interpretacji indywidualnej jeżeli istnieje uzasadnione przypuszczenie, że dany stan faktyczny lub zdarzenie przyszłe mogą być przedmiotem decyzji wydanej z zastosowaniem art. 119a o.p.

Warto wskazać, że językowa postać tego przepisu odwołuje się nie do możliwości unikania opodatkowania przez podatnika (o którym mowa w art. 119a o.p.), lecz do samego aktu wydania decyzji. Może to sugerować, że organ wydający interpretacje powinien brać pod uwagę nie tylko podejrzenie co do wystąpienia przesłanek określonych w art. 119a – które definiują unikanie opodatkowania – ale też przesłanek negatywnych, które warunkują możliwość wydania decyzji. Wszystkie wskazane są w art. 119b o.p.

Artykuł 119a wskazuje, że czynność dokonana przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej, nie skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej jeżeli sposób działania był sztuczny (unikanie opodatkowania). Ustawa rozwija zawarte w tym przepisie pojęcia. Zgodnie z art. 119c § 1, sposób działania uznaje się za sztuczny, jeżeli na podstawie istniejących okoliczności należy przyjąć, że nie zostałby zastosowany przez podmiot działający rozsądnie i kierujący się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej. Ustawa wymienia też kryteria, według których ocenia się „sztuczność” transakcji. Artykuł 119e wskazuje, że korzyścią podatkową jest niepowstanie zobowiązania podatkowego, odsunięcie w czasie powstania zobowiązania podatkowego lub obniżenie jego wysokości, albo powstanie lub zawyżenie straty podatkowej, powstanie nadpłaty lub prawa do zwrotu podatku, albo podwyższenie kwoty nadpłaty lub zwrotu podatku. Artykuł 119d wskazuje zaś, że czynność uznaje się za podjętą przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, gdy pozostałe cele ekonomiczne lub gospodarcze czynności, wskazane przez podatnika, należy uznać za mało istotne.

Przepis ten w istocie nakazuje popatrzyć na zdarzenie gospodarcze nie przez pryzmat form prawnych i przepisów prawa, lecz pod kątem rzeczywistych skutków gospodarczych. Można uznać (co zostanie jeszcze później wskazane w niniejszym artykule), że nakazuje on organowi popatrzyć na prawo jako na pewien fakt społeczny.

Na tle niniejszych przepisów zauważyć należy rażący błąd legislacyjny dokonany przez prawodawcę: art. 14b § 5b odnosi się bowiem do decyzji wydanej na podstawie art. 119a Ordynacji podatkowej. Przepis ten nie zawiera jednak żadnego odniesienia do wydawania jakiejkolwiek decyzji. Artykuł 14b § 5b zawiera zatem odniesienie do decyzji, która nie może zostać tak naprawdę wydana i tylko dzięki instrumentalnej (i rozszerzającej) wykładni art. 119a, dojść można do wniosku, iż chodzi o decyzję wydawaną w procedurze określonej w art. 119g, i w okolicznościach, o których mowa w art. 119a Ordynacji podatkowej.

Ustawodawca wylicza pięć przesłanek negatywnych. Nie wydaje się decyzji:

- 1) jeżeli korzyść podatkowa lub suma korzyści podatkowych osiągniętych przez podmiot z tytułu czynności nie przekracza w okresie rozliczeniowym 100 000 zł, a w przypadku podatków, które nie są rozliczane okresowo – jeżeli korzyść podatkowa z tytułu czynności nie przekracza 100 000 zł,

- 2) dla podmiotu, który uzyskał opinię zabezpieczającą – w zakresie objętym opinią, do dnia doręczenia uchylecia lub zmiany opinii zabezpieczającej,
- 3) dla podmiotu, którego wniosek o wydanie opinii zabezpieczającej nie został załatwiony w terminie, o którym mowa w art. 119zb – w zakresie objętym wnioskiem, do dnia doręczenia zmiany opinii zabezpieczającej,
- 4) do podatku od towarów i usług oraz do opłat i niepodatkowych należności budżetowych,
- 5) jeżeli zastosowanie innych przepisów prawa podatkowego pozwala na przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania.

Pierwsza z niniejszych przesłanek stanowi zawężenie stosowania klauzuli pod kątem rozmiarów uzyskanej korzyści. Problemem tego przepisu jest wskazanie w art. 199e, iż korzyść może polegać także na odsunięciu w czasie powstania zobowiązania podatkowego. W takim wypadku wątpliwości może budzić sposób obliczenia tej korzyści podatkowej. Henryk Dzwonkowski wskazuje, że wartość 100 000 złotych odnosi się do wartości odsetek za zwłokę, które musiałby zapłacić podatnik w przypadku powstania zobowiązania podatkowego w odpowiednim terminie¹³. Nie zgadza się z tym poglądem Paweł Borszowski uznając, że „nie można eliminować możliwości ustalenia wysokości korzyści podatkowej podstawiając wysokość zobowiązania, co do powstania którego nastąpiło odsunięcie w czasie. Należy bowiem podkreślić, iż zobowiązanie podatkowe jest zobowiązaniem publicznoprawnym, a zatem nie można tu stosować reguł zaliczenia kwot charakterystycznych dla zobowiązania z obszaru prawa cywilnego”¹⁴. Moim zdaniem poglądy te łączy brak refleksji nad tym, czym w istocie jest korzyść z przesunięcia w czasie momentu zapłaty podatku. Korzyść ta objawia się nie wprost w wymiarze pieniężnym, ale raczej w wartościach ekonomicznych, takich jak większa płynność finansowa przedsiębiorstwa, możliwość alternatywnego wykorzystania zachowanych korzyści podatkowych oraz faktu spadku wartości pieniądza w czasie na skutek inflacji. Stąd należy uznać w tym kontekście wartość 100 000 złotych jako samodzielną podstawę do stwierdzenia, że przekroczony został próg materialny uzyskania tej korzyści. Z pewnością może być brana pod uwagę jako element szerszej konstrukcji, mającej na celu uzyskanie korzyści w wysokości 100 000 złotych, jednak określenie rzeczywistej korzyści podatkowej z tytułu samego tylko odsunięcia momentu zapłaty podatku może napotykać na nieprzezwyciężalne trudności.

Ciekawy jest związek przesłanek określonych w punkcie 2 i 3 z kwestią wydawania wniosku o interpretację podatkową. Chodzi tutaj o sytuację, w której podatnik chce uzyskać dodatkową ochronę prawną dla danej transakcji, poprzez uzyskanie obok opinii zabezpieczającej także interpretacji podatkowej, w której potwierdzone zostanie nie tylko **to**, że dana czynność nie stanowi formy unikania opodatkowania, ale też wnioskodawca zostanie poinformowany co do jej pozostałych skutków na gruncie prawa podatkowego. W takim wypadku również art. 119a nie znajdzie zastosowania. Wnioskodawca może zatem wskazywać, że posiada opinię zabezpieczającą bądź nie wydano jej w sześciomiesięcznym terminie, a organ podatkowy nie mógłby w takim

¹³ J. Olesiak, *Komentarz do art. 119b [przypadki niestosowania art. 119a]* [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, red. H. Dzwonkowski, Warszawa 2018, s. 693.

¹⁴ P. Borszowski, *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania*, Wrocław 2017, s. 93–94.

wypadku wydać postanowienia o odmowie wydania interpretacji indywidualnej. Jest to istotny skutek posiadania opinii zabezpieczającej.

Punkt 4 ogranicza zakres przedmiotowy zastosowania klauzuli. Nie jest ona stosowana w przypadku, gdy chodzi o podatek od towarów i usług oraz opłaty. W kontekście art. 14 § 4b warunek ten jest jednak łagodzony poprzez fakt, że interpretacji nie wydaje się także w przypadku podejrzenia, że zastosowanie znajdzie klauzula szczególna z art. 5 ust. 5 ustawy o VAT.

Zgodnie z punktem 5, organ interpretacyjny może odmówić wydania wniosku o interpretację w sytuacji, w której zastosowanie znajdzie któraś z klauzul szczególnych zapobiegających unikaniu opodatkowania lub inne przepisy okażą się wystarczające do zniwelowania negatywnych skutków agresywnej optymalizacji podatkowej. Gdyby uznać, że organ interpretacyjny musi brać pod uwagę także przesłanki wykluczające zastosowanie art. 119b, powinien on zatem rozważyć, czy inne przepisy mogłyby stanowić podstawę wyeliminowania unikania opodatkowania. Są to np. art. 25 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych; art. 11 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych¹⁵ (regulacje dotyczące cen transferowych); art. 10 ust. 4 u.p.d.o.p. (łączenie lub podział spółek), art. 22c u.p.d.o.p. (tzw. klauzula dywidendowa)¹⁶; czy przepisy dotyczące niedostatecznej kapitalizacji.

W tym momencie należy ponownie przywołać wskazywany już problem. Czy określona w art. 14b § 5b przesłanka odmowy wydania interpretacji indywidualnej odnosi się jedynie do samej kwestii uznania przez organ interpretacyjny, iż istnieje podejrzenie co do powstania okoliczności określonych w art. 119a o.p., czy też konieczne jest wzięcie pod uwagę również przesłanek negatywnych?

Sądy administracyjne nie wykształciły w tym zakresie jednolitej linii orzeczniczej, co zasługuje na osobne omówienie.

4. Stanowisko sądów

Jeśli chodzi o stanowisko sądów do opisywanej tutaj kwestii, wskazać można dwa podejścia:

- 1) według pierwszego, mają prawo odmówić wydania interpretacji indywidualnej bez potrzeby pytania o to, czy korzyść podatkowa przekroczy 100 000 złotych. Wystarczające jest odpowiednie uzasadnienie podejrzenia unikania opodatkowania,
- 2) drugie z nich zakłada, że organ musi wezwać podatnika do uzupełnienia wniosku o interpretację w zakresie tego, czy korzyść podatkowa przekroczy 100 000 złotych.

Pierwsze z tych stanowisk opiera się na założeniu, iż przy wykładni art. 14b § 5b o.p. akcent należy położyć na to, że ustawa nakazuje organowi podatkowemu wskazanie na istnienie „uzasadnionego przypuszczenia”, że w danym stanie faktycznym lub zdarzeniu przyszłym dojść może do wydania decyzji w trybie art. 119a o.p. Nie oznacza to pewności wydania takiej decyzji. „Uzasadnione przypuszczenie” odnosi się

¹⁵ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2017, poz. 2343); dalej jako: u.p.d.o.p.

¹⁶ J. Olesiak, *op.cit.*, s. 694.

do podstawy faktycznej rozstrzygnięcia odmawiającego wydania interpretacji. Jak uznał WSA w Łodzi w wyroku z 19 grudnia 2017 roku:

Chodzi więc o to, że organ interpretacyjny odmawiając wydania interpretacji musi dysponować informacjami wynikającymi z przedstawionego we wniosku stanu faktycznego (zdarzenia przyszłego), na podstawie których może przyjąć, że możliwość wydania decyzji stwierdzającej unikanie opodatkowania jest oparta na konkretnych informacjach, a nie domysłach, czy wyczuciu organu, względnie całkowitym pominięciu niektórych przesłanek wydania decyzji, o której mowa w art. 119a o.p.¹⁷

W niektórych wyrokach zaznacza się ponadto¹⁸, że odmowa wydania interpretacji wcale nie zmniejsza ochrony prawnej podatnika, ponieważ system tej ochrony uzupełniany jest za pomocą instytucji opinii zabezpieczających.

Prezentujące to podejście sądy zdają akceptować stosowaną przez organy interpretacyjne językową wykładnię pojęcia „uzasadnione przypuszczenie”, oparte np. na internetowym *Słowniku Języka Polskiego PWN*. Zgodnie z nim „uzasadniony” oznacza: „oparty na obiektywnych racjach, podstawach”, natomiast wyraz „przypuszczenie” oznacza: „domyslać się czegoś lub uważać coś nie mając pewności”¹⁹. Organy odwołują się przy tym do przyznanego im w toku postępowania, na podstawie art. 14b § 5c, obowiązku zwrócenia się do Szefa KAS z pytaniem o to, czy w niniejszej sytuacji takie uzasadnione przypuszczenie zachodzi, uznając taką opinię za wiążącą. Nie należy przy tym mylić opinii Szefa KAS z opinią zabezpieczającą.

Podstawą do odrzucenia zastosowania w sprawie przesłanek z art. 119b uzasadnia się w ten sposób, iż przepis ten zaadresowany jest do Szefa KAS orzekającego w postępowaniu na podstawie art. 119g § 1 o.p., którego przedmiotem jest ocena, czy może być wydania decyzja z zastosowaniem art. 119a o.p. Sądy argumentują niekiedy, że dopiero w tym postępowaniu właściwy organ dokonuje pełnej oceny celów gospodarczych lub ekonomicznych, ale także wszelkich innych celów, którymi kieruje się podatnik dokonując lub planując określoną czynność, a w tym wysokość ewentualnej korzyści podatkowej. Wskazuje się także na dość zasadny argument, iż wnioskodawcy za każdym razem mogliby wskazywać, że korzyść podatkowa nie przekroczy lub nie przekroczyła 100 000 złotych, co zupełnie uniemożliwiłoby organom podatkowym odmowy jej wydania²⁰. Procedowanie organu interpretacyjnego miałoby prowadzić do ingerowania w postępowanie regulowane odrębnymi przepisami. Prewencyjna ocena możliwości wydania decyzji z zastosowaniem art. 119a Ordynacji podatkowej może być, zdaniem sądów, dokonana jedynie na podstawie wniosku o wydanie opinii zabezpieczającej²¹.

¹⁷ Wyrok WSA w Łodzi z 19 grudnia 2017 r., I SA/Łd 989/17, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/>.

¹⁸ Wyrok WSA w Poznaniu z 24 listopada 2017 r., I SA/Po 722/17, http://orzeczenia.nsa.gov.pl.

¹⁹ Zob. np. wyrok WSA w Poznaniu z 7 listopada 2017 r., I SA/Po 685/17, http://orzeczenia.nsa.gov.pl. Stosowany jest także *Słownik języka polskiego*, red. L. Drabik, A. Kubiak-Sokół, E. Sobol, L. Wiśniakowska, np. we wspomnianym wyroku WSA w Łodzi z 19 grudnia 2017 r., I SA/Łd 989/17.

²⁰ Zob. wspomniany już wyrok WSA w Poznaniu z 24 listopada 2017 r., http://orzeczenia.nsa.gov.pl.

²¹ Wyrok WSA w Krakowie z 13 października 2017 r., I SA/Kr 767/17, http://orzeczenia.nsa.gov.pl.

Zgodnie z drugim ze wskazanych podejść, organ interpretacyjny zobowiązany jest do zbadania tego, o jaką korzyść podatkową może chodzić. Konieczne jest bowiem także zwrócenie uwagi na przesłanki negatywne wskazane w art. 119b o.p.²² Nie wystarczy sama opinia Ministra Finansów co do tego, że dochodzi do unikania opodatkowania. W szczególności badanie wymaga spełnienia warunku, jakim jest uzyskanie korzyści podatkowej przekraczającej 100 000 złotych. Zgodnie z tym podejściem wskazuje się, że jeżeli podatnik sam we wniosku wskaże, że potencjalna korzyść podatkowa nie przekroczyłaby 100 000 zł, to organ nie może odmówić wydania interpretacji²³. W tej interpretacji organ nie wzywając wnioskodawcy do uzupełnienia wniosku narusza art. 169 § 1 w związku z art. 14h o.p. w sposób, który mógł mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Gdyby wnioskodawca uzupełnił wniosek w odpowiednim zakresie, okazałoby się, że nie istnieją podstawy do zastosowania klauzuli ogólnej – właśnie z uwagi na treść art. 119b § 1 pkt 1 o.p. Jak zauważył WSA w Łodzi, organ nie musi rzeczywiście „udowodnić” zaistnienia przesłanek z art. 119a. Na poziomie wykazywania wspomnianego „uzasadnionego przypuszczenia” analiza ta (a więc w kategoriach przypuszczenia, prawdopodobieństwa) nie może jednak całkowicie ignorować przesłanek wskazanych w art. 119b o.p., w tym w szczególności okoliczności, że korzyść podatkowa lub suma korzyści podatkowych odniesionych przez wnioskodawcę z tytułu określonych czynności nie przekracza 100 000 zł²⁴.

Zgodnie bowiem z art. 14b § 3 o.p. wnioskodawca ma obowiązek wyczerpującego przedstawienia stanu faktycznego sprawy. W tym przypadku jest to zbiór faktów składających się na sprawę interpretacyjną, a więc nie tylko pozwalających na merytoryczną ocenę stanowiska wnioskodawcy w wydanej interpretacji, ale wcześniej na ocenę, czy interpretacja w ogóle może zostać wydana. W tym kontekście warto ponownie zacytować wyrok WSA w Łodzi w którym stwierdza się, iż:

Analizowane pojęcie „uzasadnione przypuszczenie” odnosi się do podstawy faktycznej rozstrzygnięcia odmawiającego wydania interpretacji. Chodzi więc o to, że organ interpretacyjny odmawiając wydania interpretacji musi dysponować informacjami wynikającymi z przedstawionego we wniosku stanu faktycznego (zdarzenia przyszłego), na podstawie których może przyjąć, że możliwość wydania decyzji stwierdzającej unikanie opodatkowania jest oparta na konkretnych informacjach, a nie domysłach, czy wyczuciu organu, względnie całkowitym pominięciu niektórych przesłanek wydania decyzji²⁵.

W drugim podejściu zwraca się także uwagę na sposób posługiwania się przez organy uzyskaną opinią Szefa KAS. Wskazuje się, że opinia ta nie jest wiążąca i nie zwalnia wcale organu z obowiązku samodzielnego ustalenia, czy zachodzą przesłanki wskazujące na możliwość wydania decyzji w trybie art. 119a Ordynacji podatkowej²⁶.

²² Wyrok WSA w Gliwicach z 28 września 2017 r., I SA/Gl 497/17.

²³ Ł. Zalewski, *Fiskus nie może się wykręcać klauzulą, by nie wydać interpretacji*, <http://podatki.gazeta.prawna.pl/artykuly/1077446,wydawanie-interpretacji-przez-fiskusa.html>, 2.03.2018.

²⁴ Wyrok WSA w Łodzi z 19 grudnia 2017 r., I SA/Łd 989/17 <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/>.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Wyrok WSA w Gliwicach z 18 stycznia 2018 r., I SA/Gl 924/17, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/>.

5. „Uzasadnione przypuszczenie” – próba analizy pojęcia w kontekście zasad postępowania

Jak pokazano, w większości sądy, gdy mówią o przesłance „uzasadnionego podejrzenia”, ograniczają się do językowej wykładni tego terminu, bez zwrócenia uwagi na rolę zasad zawartych w Ordynacji podatkowej. Organy interpretacyjne wskazują także, że do stwierdzenia uzasadnionego przypuszczenia, że w sprawie może być wydana decyzja na podstawie art. 119a o.p. nie jest konieczne udowodnienie łącznego wystąpienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania. Wystarczającą podstawą do takiej konkluzji jest wskazanie elementów, które mogą potencjalnie wskazywać na sztuczny charakter czynności oraz zidentyfikowanie możliwej korzyści podatkowej²⁷. Nie dokonuje się natomiast systemowej wykładni tego pojęcia, przy uwzględnieniu zasad prawa podatkowego. Warto nadmienić, iż podobnym terminem „uzasadnione podejrzenie” posługuje się np. art. 81 § 2c ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych. W związku jednak z faktem, że dotyczy on przestępstw popełnianych przez sędziów, raczej nie będzie on istotny dla kwestii unikania opodatkowania.

Jakie zasady ordynacji podatkowej mogą zatem w sposób szczególny wpływać na kwestię uzasadnionych podejrzeń? Wydaje się, że mogą to być następujące zasady:

- zasada rozstrzygania niedających się usunąć wątpliwości co do treści przepisów prawa podatkowego na korzyść podatnika (artykuł 2a),
- zasada pogłębiania zaufania do organów podatkowych (artykuł 121 § 1),
- wyrażona w art. 122 zasada prawdy obiektywnej: w toku postępowania organy podatkowe podejmują wszelkie niezbędne działania w celu dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy w postępowaniu podatkowym.

Zasada rozstrzygania niedających się rozstrzygnąć wątpliwości na korzyść podatnika powinna mieć tutaj znaczenie. Jak wynika z interpretacji ogólnej z 19 stycznia 2016 roku²⁸, ma ona dość szeroki zakres zastosowania i odnosi się także do wątpliwości co do stanu faktycznego. Nietrudno zauważyć zresztą nawet intuicyjną relację między „niedającymi się usunąć wątpliwościami” a „uzasadnionym przypuszczeniem”. Oba te pojęcia odnoszą się do sfery, w której istnieje pewien obszar niepewności, niejasności. Organ interpretacyjny, który podnosi istnienie jakichś wątpliwości co do stanu faktycznego, powinien pamiętać o tym, że uzasadnienie podejrzeń co do stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego musi być na tyle mocne, tak wiele przesłanek musi uzasadniać to podejrzenie, że jego zdaniem Szef KAS nie miałby żadnych niedających się rozstrzygnąć wątpliwości co do zastosowania art. 119a w danej sprawie. Organ powinien wziąć zatem pod uwagę także argumenty, które przemawiają przeciwko uznaniu danej czynności lub transakcji za formę unikania opodatkowania i po ich rozważeniu stwierdzić, czy wątpliwości te są wyjaśniane

²⁷ Wyrok WSA w Szczecinie z 11 października 2017 r., I SA/Sz 506/17, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/>.

²⁸ Interpretacja ogólna Ministra Finansów z 29 grudnia 2015 r., PK4.8022.44.2015, <http://www.mf.gov.pl/documents/764034/5175930/Dz.Urz.+Min.+Fin.+z+dnia+19+stycznia+2016+r.+poz.+4+-+12.03.2018>.

w trybie postępowania określonego w art. 119a lub po prostu na drodze uzupełnienia wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej.

Zasada budowy zaufania do organów podatkowych jest związana z kwestią różnicy w wysokości opłaty za wydanie opinii zabezpieczającej oraz interpretacji indywidualnej. Wymaga ona od organu pewnej refleksji, wykraczającej poza samą sferę tekstu prawnego – podobnie z resztą jak i sama instytucja „uzasadnionych przypuszczeń” i klauzuli antyabuzywnej. Stanowią one przecież odniesienie do wizji prawa jako pewnej rzeczywistości gospodarczo-społecznej, która jest odzwierciedleniem koncepcji socjologiczno-prawnych Rudolfa von Iheringa²⁹. W związku z tym, art. 14b § 5b w zw. z art. 119a Ordynacji podatkowej wymusza na organie podatkowym refleksję natury gospodarczej; uzasadnione jest natomiast moim zdaniem twierdzenie, że art. 122 o.p., wskazując na kwestię budowy zaufania do organów podatkowych, także tworzy konieczność dokonania odpowiedniej refleksji natury socjologicznej. Można ją sformułować w formie pytań: czy w niniejszej sprawie rzeczywiście podejrzenie unikania opodatkowania jest na tyle jasne, że odmowa wydania interpretacji zostanie potraktowana jako wspomniana już próba uzyskania wyższej opłaty za opinię zabezpieczającą, zamiast za interpretację podatkową?; czy okoliczności i właściwości działań podatnika na tyle uzasadniają podejrzenia organu podatkowego, że nawet w przypadku jego uczciwości wykazanej za pomocą opinii zabezpieczającej bądź niewydaniem decyzji w trybie art. 119a, nie uzna on odmowy wydania interpretacji indywidualnej za wyraz negatywnego nastawienia organów podatkowych do podatników, swoistego domniemania winy podatnika? Takie pytania bardzo pomogłyby w przypadku niektórych spraw, np. związanych z podatkiem od spadków i darowizn, kiedy to organy odmawiały wydawania interpretacji w przypadkach darowizn dokonywanych między członkami rodziny, dla podmiotów nieprowadzących działalności gospodarczej – co było nawet przyczynkiem do złożenia interpelacji poselskiej³⁰. Problem relacji między opłatą za opinię zabezpieczającą a wysokością korzyści podatkowej dostrzeżony został z resztą w uzasadnieniu do projektu ustawy, gdzie czytamy:

wysokość opłaty za opinie zabezpieczające będzie znacząco niższa od opłaty za wnioski o uznanie metody ustalania ceny transakcyjnej (wysokość opłaty od wniosku w sprawie porozumienia dotyczącego ustalenia cen transakcyjnych wynosi nawet 200 tys. zł). Podkreślić zarazem należy to, że klauzula ma mieć zastosowanie wyłącznie do takich czynności, przy których wysokość uzyskanych przez podatnika korzyści podatkowych wynosi co najmniej 100 000 zł. Wysokość opłaty za wydanie opinii zabezpieczającej pozostaje zatem w odpowiedniej proporcji do korzyści podatkowej, której będzie dotyczyć wniosek. Przy tak określonym „progu stosowalności” klauzuli, wysokość opłaty nie będzie bowiem stanowić bariery skłaniającej podatnika do zaniechania wystąpienia o opinię³¹.

²⁹ R. Ismer, *Wirtschaftstheorie statt wirtschaftlicher Betrachtungsweise – Zur Rolle der Ökonomik im Steuerrecht* [w:] *Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht*, red. A. van Aaken, S. Schmid-Lübbert, Wiesbaden 2003, s. 69.

³⁰ Interpelacja nr 6964 w sprawie wadliwego działania tzw. klauzuli o obejściu praw podatkowego z 17 października 2016 r., <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/interpelacja.xsp?typ=INT&nr=6964>, 18.03.2018.

³¹ Druk nr 367, Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, uzasadnienie, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/F9586880528E8C3FC1257F86003475BD/%24File/367-uzasadnienie.docx>, s. 39, 15.03.2018.

Ustalenie progu korzyści na danej wysokości miało zatem usprawiedliwić wysokość opłaty za opinię zabezpieczającą. Zatem ustawodawca ustalając próg 100 000 zł dostrzegł problem zaufania podatnika – problem, który został jednak zapomniany lub zignorowany w ramach praktyki.

Zasada prawdy obiektywnej ma szczególne znaczenie na gruncie materiału dowodowego zbieranego w postępowaniu podatkowym³². Jednocześnie pamiętać należy o specyfice postępowania o wydanie interpretacji indywidualnej oraz o tym, że art. 14h o.p. nie przewiduje tego, że art. 122 stosuje się odpowiednio.

Nie oznacza to jednak, że ta zasada nie ma w ogóle żadnego znaczenia na gruncie postępowania w sprawie o wydanie interpretacji indywidualnej – w pewnych sytuacjach może znaleźć zastosowanie. Jest to przecież reguła ogólna postępowania podatkowego, która nie została wprost wyłączona, lecz jedynie nie odniesiono się do niej wprost. Prawdą jest, że w przypadkach postępowania o wydanie interpretacji indywidualnej to podatnik jest zobowiązany, zgodnie z art. 14b, do przedstawienia szczegółowego i zgodnego z prawdą stanu faktycznego. W przeciwnym wypadku ustawa wskazuje, że interpretacja nie znajdzie zastosowania wobec błędnie określonego stanu faktycznego. Organ wydający interpretację nie dokonuje zatem żadnych ustaleń faktycznych, lecz bazuje na danych zawartych we wniosku. Nie powinno to jednak oznaczać całkowitej bezczynności organu i brak stosownego odwołania w art. 14h nie zwalnia go zupełnie z podejmowania wysiłków na rzecz wyjaśnienia stanu faktycznego, o czym świadczy zresztą instytucja wezwania podatnika do uzupełnienia wniosku na podstawie art. 169 w zw. z art. 14h o.p. Ponadto, jakkolwiek sama zasada prawdy obiektywnej nie musi mieć znaczenia dla samego procesu analizy materiału przedstawionego organowi, tak na pewno będzie mieć znaczenie (jako zasada ogólna) do przesłanki „uzasadnionych przypuszczeń” organu. Organ powinien podjąć wszelkie zabiegi prawne oraz interpretacyjne, które pozwolą na stwierdzenie, że jego wątpliwości były w sposób obiektywny uzasadnione.

Przemawiają za tym dwa argumenty: skoro przypuszczenie ma być uzasadnione, oznacza to, że organ powinien posiadać odpowiedni zakres wiedzy, który pozwalałby mu na wysnucie takiego odpowiednio uargumentowanego przypuszczenia. Jak wskazują same sądy i organy – uzasadniony to „oparty na obiektywnych racjach, podstawach”. Czy można mówić, że organ oparł odmowę na „obiektywnych racjach”, skoro mając prawną możliwość wyjaśnienia niejasnych elementów stanu faktycznego, który budzi jego wątpliwości, nie skorzystał z nich? Takie dobrowolne odstępienie od wyjaśnienia wątpliwości organu podatkowego sprawia, że ciężko uznawać wątpliwości organu za „uzasadnione”.

Po drugie, jak stwierdził WSA w Poznaniu, w przypadku, gdy stan faktyczny budzi jakieś wątpliwości bądź jest niekompletny, zasada ta nakłada na organy podatkowe obowiązek podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy w postępowaniu podatkowym³³. Jest to niezbędne w celu dokonania prawidłowej interpretacji tych przepisów. Innymi słowy, ta okoliczność nie zwalnia całkowicie organu z obowiązku dokonywania ustaleń mających na celu

³² S. Presnarowicz, *Komentarz do art. 122 [Zasada prawdy obiektywnej]* [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, red. L. Etel, Warszawa 2017, s. 844 i nast.

³³ Wyrok WSA w Poznaniu z 5 sierpnia 2015 r., III SA/Po 445/15, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/>.

przybliżenie go do prawdy obiektywnej lub też odpowiedniej aktywizacji podatnika, przy wszelkich ograniczeniach związanych z formą rozpatrywania wniosków o interpretację.

Biorąc pod uwagę taki pogląd, organ powinien uznać okoliczności warunkujące wydanie bądź niewydanie decyzji zgodnie z art. 119a za istotny element stanu faktycznego bądź stanu przyszłego, wymagający odpowiedniego ustalenia – jakkolwiek określenie tutaj prawdziwego stanu faktycznego bądź zdarzenia przyszłego zależy także od wnioskodawcy, to nie zwalnia to organu od podejmowania wysiłków na rzecz jego wyjaśnienia. Przykładem takiego działania jest właśnie wezwanie wnioskodawcy do uzupełnienia wniosku o wydanie interpretacji.

6. Odmowa wydania interpretacji indywidualnej a adresat art. 119b

Analiza tych przesłanek powinna brać pod uwagę także cele ustawy oraz przepisów. Warto nawiązać tutaj do stanowiska WSA w Krakowie wyrażonego w wyroku o sygnaturze I SA/Kr 978/17³⁴. Zgodnie z nim:

organ interpretacyjny nie może antycypować oceny co do istnienia negatywnych przesłanek wskazanych w art. 119b § 1 o.p., albowiem adresatem tego przepisu jest organ orzekający w postępowaniu podatkowym wszczętym lub przejętym na podstawie art. 119g § 1 o.p., którego przedmiotem jest ocena – czy może być wydania decyzja z zastosowaniem art. 119a o.p. To dopiero w tym postępowaniu właściwy organ dokonuje pełnej oceny, przede wszystkim celów gospodarczych lub ekonomicznych, ale także wszelkich innych celów, którymi kieruje się podatnik dokonując lub planując określoną czynność, a w tym wysokości ewentualnej korzyści podatkowej.

W wyroku tym sąd uznał więc, że po pierwsze adresatem art. 119b jest jedynie Szef KAS, ale już nie – organ interpretacyjny. Tylko Szef KAS w ramach postępowania może stwierdzić istnienie tych przesłanek negatywnych, natomiast organ interpretacyjny nie może tego zrobić, gdyż nie jest do tego umocowany. Argument ten budzi jednak wiele zastrzeżeń. Po pierwsze, część przesłanek z art. 119b może zostać wskazana także i bez potrzeby uzupełniania wniosku: już z samej jego treści wynika, że dotyczy on podatku od towarów i usług, opłat i niepodatkowych należności budżetowych; że możliwe jest wyeliminowanie unikania opodatkowania za pomocą innych przepisów prawa podatkowego (np. klauzul szczególnych); że podatnik posiada opinię zabezpieczającą. Artykuł 119b określa bardzo istotny proceduralny skutek opinii zabezpieczającej lub niewydania jej w odpowiednim terminie, jakim jest fakt, że nie wszczyna się postępowania klauzulowego. Zatem, skoro organ może pominąć ten przepis (który nie jest przecież adresowany do niego), to czy również w przypadku, gdy organ nie wydał opinii zabezpieczającej w terminie, a organ interpretacyjny dalej ma wątpliwości co do stanu faktycznego, to czy w dalszym ciągu może on odmówić wydania interpretacji indywidualnej? Jest to wykładnia prowadząca do absurdu, jednak pokazująca pewne negatywne aspekty wskazanego tutaj stanowiska: czemu organ miałby pominąć jedną z przesłanek wskazanych w art. 119b, ale innych już nie?

³⁴ Wyrok WSA w Krakowie z 30 listopada 2017 r., I SA/Kr 978/17, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/>.

Prowadzi to do kolejnego zastrzeżenia: skoro organ interpretacyjny jest tak ograniczony w stwierdzaniu stanu faktycznego lub istotnych okoliczności zdarzenia przyszłego, to czy w ogóle postępowanie w sprawie o wydanie interpretacji indywidualnej może dawać podstawy do sformułowania uzasadnionych przypuszczeń? Podatnik zawsze może przecież nie mówić prawdy, nie tylko w przypadku podawania sumy wartości korzyści podatkowej. Skoro to postępowanie wszczęte w drodze art. 119g o.p. służy do „pełnej oceny, przede wszystkim celów gospodarczych lub ekonomicznych, ale także wszelkich innych celów, którymi kieruje się podatnik dokonując lub planując określoną czynność”, to czy w ogóle można oczekiwać od organu podatkowego, że na podstawie udzielonych mu przez podatnika informacji będzie on w stanie dokonać częściowej oceny tych samych przesłanek? Przecież przy wydawaniu opinii zabezpieczającej Szef KAS korzysta z wyczerpującego opisu czynności wraz ze wskazaniem występujących pomiędzy podmiotami związków, o których mowa w art. 11 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych i art. 25 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych; wskazanych przez wnioskodawcę celów, których realizacji czynność ma służyć; przedstawionego ekonomicznego lub gospodarczego uzasadnienia czynności; wskazanych określonych skutków podatkowych, w tym korzyści podatkowych, będących rezultatem czynności objętych wnioskiem; własnego stanowiska wnioskodawcy w danej sprawie. Należy także raz jeszcze przypomnieć, że w przypadku analizy gospodarczej strony czynności – czy to na podstawie art. 119a, czy też w ramach badania „uzasadnionych przypuszczeń” – bada się prawo jako pewną sferę faktów, rzeczywistość gospodarczą. W przypadku interpretacji indywidualnej zakres informacji pozwalających na oddanie tej sfery rzeczywistości gospodarczej jest bardziej ograniczony. Nie do końca zrozumiała jest zatem logika, zgodnie z którą:

- 1) do wykazania, że zachodzi unikanie opodatkowania w rozumieniu art. 119a konieczne jest sprawdzenie tego w odpowiedniej procedurze, wykonywanej przez wysoki w hierarchii organ, którym jest Szef KAS, przy współpracy ze specjalną Radą ds. Unikania Opodatkowania,
- 2) te same organy oraz pewna szczególna procedura konieczne są do wydania opinii zabezpieczającej,
- 3) jednak Szef Krajowej Informacji Skarbowej nie tylko jest w stanie, opierając się jedynie na informacjach uzyskanych od podatnika (i to bez wezwania do uzupełnienia wniosku), w ramach wydawania interpretacji do sformułowania „uzasadnionych przypuszczeń” co do tego, że dana czynność stanowi formę unikania opodatkowania,
- 4) jednocześnie ten sam organ podatkowy nie jest już w stanie zweryfikować prostej w istocie przesłanki dotyczącej wysokości korzyści podatkowej (ta bowiem wymaga już ustalenia w osobnym postępowaniu).

Biorąc pod uwagę powyższe uważam, że forma postępowania o wydanie interpretacji indywidualnej i jej uwarunkowania nie pozwalają organowi interpretacyjnemu w sposób uzasadniony wysnuć podejrzenia, że dochodzi do unikania opodatkowania. Pośrednio potwierdził to sam ustawodawca, powierzając to postępowanie organom wyższego stopnia i tworząc w tym celu specjalną procedurę.

Moim zdaniem wskazany tutaj na przykładzie stanowiska WSA w Krakowie pogląd ignoruje ponadto językowy kształt przepisu, który wprost odwołuje się do możliwości wydania decyzji, o której mowa w art. 119a o.p., a nie do unikania opodatkowania, o którym mowa w tym przepisie. Artykuł 119b w sposób oczywisty reguluje zakres zastosowania art. 119a o.p., a przez to nie można uznać, że nie znajdzie on zastosowania w sprawie.

7. Skutki wydania interpretacji indywidualnej w sytuacji, w której zastosowanie znajdzie art. 119a o.p.

Zastanowienia wymaga jednak to, czy rzeczywiście art. 14b § 5b jest w obecnej sytuacji prawnej potrzebny. Jakie byłyby bowiem konsekwencje przypadku, w którym organ interpretacyjny wydał interpretację indywidualną, w sytuacji, gdy opisywany stan faktyczny lub zdarzenie przyszłe spełniało przesłanki określone w art. 119a o.p.?

Przed wszystkim nadmienić należy, że art. 119b o.p., wskazujący na sytuacje, w których klauzula ogólna nie znajdzie zastosowania, nie wymienia tutaj ochrony w postaci interpretacji indywidualnej. To opinia zabezpieczająca jest instrumentem ochrony podatnika przed zastosowaniem klauzuli. Potwierdza to zresztą wspomniany już art. 14na Ordynacji podatkowej, który wyłącza zastosowanie ochrony płynącej z interpretacji indywidualnej w sytuacji, w której stan faktyczny lub zdarzenie przyszłe będące przedmiotem interpretacji indywidualnej stanowi element czynności będących przedmiotem decyzji wydanej na podstawie klauzuli ogólnej. Oznacza to, że polskie prawo podatkowe jest przygotowane na sytuacje, w której podatnikowi udało się ukryć zamiar uniknięcia opodatkowania na etapie wniosku o interpretację indywidualną.

Czy nie czyni to wobec tego art. 14b § 5b zbędnym? Czy wobec istnienia art. 14na konieczne jest nakładanie na organy wydające interpretację dodatkowego obowiązku rozważania, czy art. 119a nie znajdzie zastosowania do danego stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego?

Kwestię tę można rozpatrywać na kilka sposobów. Po pierwsze, instytucję odmowy można rozpatrywać jako chęć ukrócenia liczby wydawanych interpretacji indywidualnych oraz zabezpieczania czynności polegających na unikaniu opodatkowania za pomocą tego instrumentu. W takim wypadku groźba, iż zabezpieczenie transakcji wymagać będzie znacznie większego wkładu finansowego podatnika, ma zniechęcać do starania się o wydanie interpretacji indywidualnej. Przemawiać za tym może jeszcze jeden motyw. Jak wspomniano, państwo nie ma obowiązku chronić agresywnych planów optymalizacyjnych podatnika. Odmowa wydania interpretacji indywidualnej, mimo braku wykazania przekroczenia progu 100 000 złotych, może stanowić wyraz chęci odmowy ochrony prawnej czynnościom, które co prawda nie powodowałyby skorzystania z klauzuli przez organy podatkowe, jednak z racji tego, że są sprzeczne z przedmiotem i celem ustawy – nie powinny podlegać specjalnej ochronie prawnej nadawanej im przez interpretacje podatkowe. Stanowisko takie byłoby logiczne, jednak po raz kolejny można mieć wątpliwości, czy w istocie nie wykracza ono poza językowy kształt przepisu w sposób niekorzystny dla podatnika. Ponadto działanie takie i tak

jedynie opóźniałoby wydanie interpretacji indywidualnej: po stwierdzeniu w postępowaniu na podstawie klauzuli ogólnej, że w sprawie nie dojdzie do wydania decyzji na podstawie art. 119a ze względu na przesłanki określone w art. 119b o.p., organ i tak będzie musiał wydać interpretację indywidualną, przestaną być wobec tego zasadne przypuszczenia, że może dojść do wydania decyzji na podstawie art. 119a, w sytuacji, gdy Szef KAS uznał już, że takiej decyzji nie może wydać. Innymi słowy, agresywne praktyki optymalizacyjne, które nie przynoszą podatnikowi korzyści przekraczających 100 000 zł i tak w końcu będą mogły skorzystać z ochrony prawnej zapewnianej przez interpretację indywidualną.

8. Zasadność odmowy wydania interpretacji indywidualnej

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania wskazać należy, że problemy te wynikają z unikalnego współistnienia obu tych instytucji ochrony prawnej oraz błędów redakcyjnych ustawodawcy, w szczególności niejasnego określenia przesłanek odmowy wydania interpretacji indywidualnej.

Więcej przesłanek wskazywałoby na to, że organ powinien brać pod uwagę treść art. 119b o.p., w szczególności możliwości, że korzyść podatkowa nie przekroczy 100 000 zł i w przypadku wątpliwości – wezwać podatnika do uzupełnienia braków we wniosku o interpretację.

Wskazuje na to po pierwsze językowe brzmienie art. 14b § 5b o.p. Przepis ten wprost mówi o tym, że uzasadniona wątpliwość ma dotyczyć możliwości wydania decyzji na podstawie art. 119a o.p., a nie samego wystąpienia zjawiska unikania opodatkowania, o którym mowa w tym przepisie. Oznacza to, że organ interpretacyjny powinien brać zarówno przesłanki pozytywne, jak i negatywne wydania tej decyzji, określone w art. 119b. W przypadku ich wystąpienia nie może przecież dojść do wydania decyzji, a zatem sytuacja określona w dyspozycji art. 14b § 5b nie będzie miała miejsca.

Po drugie, z kilku względów niedopuszczalna jest argumentacja odnosząca się do tego, że wobec odmowy wydania interpretacji indywidualnej podatnik zawsze może się odwołać do instytucji opinii zabezpieczającej. Po pierwsze, opinia zabezpieczająca nie zawiera tak szerokich gwarancji dla podatnika jak interpretacja indywidualna. Chroni ona jedynie przed możliwością wydania decyzji stwierdzającej wystąpienie unikania opodatkowania. Oznacza to, że dopiero po uzyskaniu opinii zabezpieczającej (kosztującej 20 000 złotych, przy okresie oczekiwania wynoszącym, zgodnie z art. 119zb, do 6 miesięcy) lub wystąpieniu sytuacji, w której organ nie wyda opinii zabezpieczającej w terminie (wspomnianej w art. 119b § 1 pkt 3), podatnik będzie mógł wnieść wniosek o interpretację podatkową i uzyskać całkowitą ochronę prawną. Dopiero po odczekaniu tego okresu (plus kolejnych trzech miesięcy na wydanie interpretacji) i poniesieniu kolejnych – tym razem już niewielkich – kosztów, wnioskodawca mógłby uzyskać pełną ochronę prawną wynikającą z interpretacji. Z tak dużymi kosztami i z tak długim okresem niepewności musiałby się zaś zmagać podatnik, którego uczciwość byłaby potwierdzona opinią zabezpieczającą.

Po trzecie, warta uwagi jest problematyka budowy zaufania obywateli do organów podatkowych. Jest to konsekwencja dużej dysproporcji między opłatą za opinię zabezpieczającą a opłatą za interpretację indywidualną. Odmowa, zwłaszcza nieuzasadniona, i wskazanie podatnikowi konieczności poniesienia opłaty w dużej wysokości może budzić u podatnika wrażenie, że motywami odmowy miały charakter fiskalny, tj. chęci uzyskania dużo wyższej kwoty tytułem opłaty za opinię zabezpieczającą, a potem jeszcze dodatkowej opłaty za interpretację indywidualną. Łącząc oba wskazane tutaj wątki, tworzy się sytuacja bardzo negatywnie rzutująca na wizerunek organów podatkowych. Co ciekawe, wydaje się, że zdawał sobie z tego sprawę sam ustawodawca, wskazując w uzasadnieniu związek między uzyskiwaną przez podatnika korzyścią podatkową a wysokością opłaty za opinię zabezpieczającą.

Po czwarte, wątpliwości budzi sama zasadność istnienia art. 14b § 5b o.p. Prawdopodobnie jego celem było ograniczenie liczby interpretacji indywidualnych, a z drugiej strony – odmowa gwarancji ochrony prawnej podmiotom, które wykorzystują interpretacje do „legalizacji” transakcji polegających na unikaniu opodatkowania. Jednak w obliczu wynikłej konkurencji dwóch instrumentów – ochrony prawnej oraz zapewnienia wyłączenia ochrony prawnej na podstawie art. 14na – wydaje się, że jest on zbędny. Nieuczciwy podatnik i tak zostanie pozbawiony tej ochrony, uczciwy ją utrzyma, a w ramach wątpliwości – zwróci się z wnioskiem o wydanie opinii zabezpieczającej w celu uzyskania dalszej gwarancji. Nie będzie to wywoływać negatywnego odbioru społecznego w postaci wrażenia, iż organ skarbowy wymusza opłatę wyższej wysokości. Jednocześnie można zamieszczać na interpretacji indywidualnej adnotację informującą o skutkach art. 14na dla wnioskodawcy. Nie odniesie to co prawda skutku w postaci ograniczenia wydawanych interpretacji indywidualnych, jednak wymagałoby przeprowadzenia badań empirycznych za okres kilku lat, czy obecne rozwiązania przysłużyły się zamierzonemu celowi. Wydaje się, że ustawodawca powinien poszukać innych niż interpretacje indywidualne narzędzi służących wykrywalności agresywnych praktyk optymalizacyjnych.

Zatem w przypadku wniosku o interpretację podatkową organ interpretacyjny powinien brać pod uwagę okoliczności wskazane w art. 119b o.p. i w razie konieczności – wzywać podatnika do uzupełnienia wniosku. W ten sposób uczyni się zadość językowemu kształtowi przepisu oraz zasadom ogólnym postępowania podatkowego, zawartym w Ordynacji podatkowej (zwłaszcza zasady budowy zaufania do organów podatkowych).

Odnosnie ustawodawcy zasadne wydaje się sformułowanie zalecenia, iż jeżeli rzeczywiście chce on uszczelnić system podatkowy (co jest wysoce uzasadnione aksjologicznie oraz ekonomicznie), należałoby znowelizować art. 14b § 5b w ten sposób, by odnosił się on do unikania opodatkowania, o którym mowa w art. 119a o.p., a nie do wydania decyzji. Przepis ten należałoby zresztą przereklamować bądź też zlikwidować przesłankę, zgodnie z którą przewidywana korzyść podatkowa wynosić musi co najmniej 100 000 zł.

* * *

Refusal to Issue an Individual Tax Ruling in the Context of Requirements for Issuing Decision Indicating Tax Avoidance

In 2016 the General Anti-Abusive Regulation has been introduced into the Polish legal system. It allows tax administration to ignore legal form of those activities of taxpayer, which are artificial in nature and are planned to gauge tax amount in relation to actual economic consequences of transaction. In order to protect taxpayer, the Polish lawmaker introduced the Securing Opinion institution.

However, despite lawmaker's expectations, practice led to somewhat competition between the Opinions and other instrument that is meant to protect taxpayer – individual interpretations of tax law. Tax organs are allowed to refuse issuing interpretation if they have a „justified assumption” that taxpayer is planning aggressive tax evasion and there is a high probability to issue decision mentioned in art. 119a of the Tax Ordinance. Organs do not check if conditions that negate probability of issuing that decision are met. They also do not call taxpayer to supplement their request for interpretation. Taxpayers and some administrative courts claim that such practice is wrong and tax administration organ should actually order taxpayer to clarify all the circumstances and thus be sure that conditions that nullify probability of issuing decision mentioned in art. 119a of the Tax Ordinance are met.

The practice of tax organs can be criticized from many points of view: the language form of the law or the way the term „justified assumptions” is being interpreted – in the way that fully ignores rules of the tax procedure and position of this law in the tax system. Taking that into account, it is possible to formulate a number of objections regarding the way law is being used by tax organs.

Key words: taxes, tax ruling, tax ordinance, refusal, tax procedure

Weronika Adamska¹

On Non-Normative Functions of State of Emergency. A Glimpse at French *état d'urgence*

Abstract:

As a consequence of soaring jihadi menace, some governments turn to state of emergency with a counterterrorism purpose. In this article I argue that besides classic normative ones, state of emergency gained today a second set of functions that are extra-normative. Traditionally positioned at intersection of law and politics, state of emergency in times of Islamic radicalism starts to have an extra therapeutic value. I present both positive and negative consequences of the use of emergency legislation on individual psyche and condition of society as a political community. In order to achieve this I call on recent works in domains of law, philosophy and sociology. By doing so, emergency laws are being presented in multidisciplinary light, indispensable for understanding modern terrorism and its social consequences. I am concluding that state of emergency is not an adequate framework for tackling terrorism.

Key words: state of emergency, exception, terrorism, counterterrorist policy, war on terror

1. Introduction

It is my aim to argue in this article that state of emergency, commonly used to fight jihadi terrorism, has a set of non-normative functions. It exercises a significant psychological impact on both individuals and society as such that may be both benign as malign. I wish to draw a conclusion that state of emergency is not an adequate framework for tackling terrorism and its beneficial symbolical influence does not outweigh the harm it may cause to the rule of law and democratic principles.

¹ Graduate in Law, Political Science student at University of Warsaw and Sciences Po Paris.

It has been over two years since jihadi terrorists struck Paris, killing 130 people and injuring over 400 more. It has not been the first major Islamic attack in the Western world (one thinks of course about 9/11 in the United States) but beyond doubt it constituted a turning point when it comes to antiterrorist policies. This is when French authorities decided to turn to state of emergency (*état d'urgence*) to tackle terrorism. Controversies we have been through after 2001, concerning balance between freedom and security, rule of law, separation of powers came back on the table. Discussion about adequacy of emergency powers to fight terrorism reopened, this time in the very heart of Europe. French government has been severely criticised by lawyers, human rights activists and many more for ever longer state of emergency². Jihadi terrorism has become a permanent part of Western reality and is there to stay, at least for now, triggering research in the fields of political science, law, philosophy and psychology.

My aim is not to present one of the constitutional issues connected with the use of emergency powers for antiterrorist purposes. Those have already received an extensive development³. I would like to draw some attention to a symbolic dimension of state of emergency that tend to be neglected by lawyers. State of emergency, as a traditional legal institution, finds itself more than ever before at intersection of law and politics. A normative construct develops into a symbolic one, with a strong psychological background that has a major influence on its use.

I want to sketch some problems linked to extensive use of state of emergency in times of jihadi menace over Western democracies. My approach shall be multidisciplinary and involve mainly law and political philosophy. I will apply sociology in a subsidiary manner. I also use some of established concepts of psychology, such as *post-traumatic stress*, *psychological dependence* and *resilience*. I base my point on French experience of *état d'urgence*. It is the newest example of application of emergency powers in a Western democracy and is in many ways symptomatic for issues I want to analyse. I speak of non-normative functions of emergency legislation in opposition to its normative aspects that consists of defining precise actions or outcomes as permissible or not in order to frame human behaviour and provoke a tangible change in reality⁴.

2. Efficiency and functions of emergency legislation

State of emergency in France has come to an end after almost two years of being in force. Classical definitions of state of emergency that exist in philosophy of law insist on fact

² See resolution by Congrès du Syndicat de la magistrature, *Non à l'état d'urgence permanent*, 29.11.2015, <http://www.syndicat-magistrature.org/Non-a-l-etat-d-urgence-permanent.html>; release by le Défenseur des droits, *Vers un État de crise permanent dans une République divisible?*, 23.12.2015, <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communiqués-de-presse/2015/12/vers-un-etat-de-crise-permanent-dans-une-republique-divisible>, open letter *Non à la pérennisation de l'état d'urgence!*, Le Monde, 10.02.2019, p. 22.

³ See B. Ackerman, *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Haven & London 2006; O. Beaud, C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, Issy-les-Moulineaux 2016; P. Cassia, *Contre l'état d'urgence*, Paris 2016.

⁴ See *The Normativity of Meaning and Content*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/meaning-normativity/>, 10.02.2019.

that it has to be provisional⁵. French government decided however to extend its effectiveness over a long period of time. It did not prevent another terrorist attack in Nice on 14th of July 2016. Basic knowledge of what political scientist Gilles Kepel called „jihad 2.0”⁶ helps to make sense of this fact. While being recruited with help of refined media content, modern terrorists use primitive tools to perpetrate their actions and avoid at all cost organised plots. The so-called *lone wolfs* commit acts of terror using knives or cars, not refined devices⁷. Surveillance will hardly help in discerning a terrorist plot, because there is no trace that an attack is being planned. Planning itself is also very limited – it sometimes takes only few weeks from radicalisation to actual action⁸. That makes traditional emergency powers inadequate to current terrorist *modus operandi* and therefore more or less redundant for antiterrorist purposes.

Having established that, it seems legitimate to look for a reason that made the French extend the application of emergency legislation over an ever-longer period of time, even though it was not efficient. Besides restoring disrupted security, one may argue that it served as a handy opportunity for the executive to increase its powers. That is what happened in the U.S. after adopting infamous Patriot Act. Surprisingly, it was not the case. In late 2016 a report on parliamentary control of state of emergency was presented to the National Assembly⁹. Over one year 3000 administrative search warrants were issued, leading to only 4 antiterrorist procedures. Moreover, a vast majority of them took place within the first days of state of emergency. This means that there was barely any use of special powers conferred to the government.

To sum up, state of emergency is an inefficient legislation. Without giving some consideration to its symbolic background, decisions made by the French government would seem absurd. I argue that proclamation of state of emergency has two sets of non-normative functions. The first one consists in appeasement of a society. From this point of view, state of emergency is psychologically benign and to certain extend

⁵ M. Goupy defines state of emergency as „a situation of a political crisis of a considerable importance, requiring suspension of temporary violation of rules normally governing a particular political community, aiming at finishing this crisis”. B. Manin insists on conditions to be met in order for state of emergency to take place: 1) authorized deviating from higher order norms as reflected in the constitution; 2) special conditions designed to make sure that circumstances necessitate (1); 3) temporal limitations on (1). For M. Troper state of emergency is „a situation when, invoking an existence of special and particularly dramatic circumstances and a need to face them, ordinary rules governing the existence of public authorities are being temporary suspended, in profit of different ones, less liberal and allowing a concentration of powers and limitation of fundamental rights”.

⁶ G. Kepel, *Terror in France: The Rise of Jihad in the West*, Princeton 2017.

⁷ Let us quote some examples: 2016 Nice and Berlin attacks were perpetrated with the use of a truck, so was the case in Barcelona and London in 2017. In two latter cases terrorists used knives as well.

⁸ A good example of this is the case of Mohamed Lahouaiej Bouhlel, the man who plowed a truck down Nice's Promenade des Anglais. See M. Birnbaum, J. McAuley, *Attacker in Nice is said to have radicalized 'very rapidly'*, The Washington Post, https://www.washingtonpost.com/world/islamic-state-claims-responsibility-for-france-attack-in-nice/2016/07/16/4327456e-4ab9-11e6-8dac-0c6e4accc5b1_story.html?utm_term=.9ca6e6569595&wpisrc=al_alert-COMBO-world%252Bnation, 26.02.2018.

⁹ See *Rapport d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence*, <http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/rap-info/i4281/%28index%29/depots>, 6.12.2016.

necessary. The second refers to growing psychological dependence on security measures and is to be perceived as malign. Those functions have both general and intimate aspect. Society as such, as well as individuals, have an experience of it. Juxtaposing normative and non-normative factors determining the very essence of emergency legislation along with the recent practice of its use for counterterrorism purposes bring to conclusion that state of emergency-based politics entail a major change in Western societies. As Keith Spence puts it, „[t]he apparatuses of panopticism long predate the declaration of war against terror, however, and the tendency to polemically depict their extension as part of an undeclared war waged by the US against its own citizens obscures the more subtle and penetrating effect of which they are a part – *the institutionalization of a psychology and subjectivity befitting the logic of security and terror*”¹⁰.

3. Appeasement function

Firstly, let us focus on this benign role that state of emergency has to play. An exposure to a terrorist attack, either direct or not, is a severely distressing event that leads to a trauma. It is a tangible moment when one's life and health are threatened. This experience may leave a deep mark in both personal and collective integrity. Antoine Garapon and Michel Rosenfeld in their recent book *Democracies under stress. Challenges of global terrorism*¹¹ point out that the feeling closest to this psychological, vague trouble is stress. It differs from other feelings like shock, panic or depression because of impossibility to define exactly its limits and its source. As a consequence, after terrorist attack posttraumatic stress that hits both individuals and society may follow. Measures have to be taken not only to restore disrupted security but also to bring back unity and mental stability of population. Modern terrorism does not have political agenda that would pose an existential threat to constitutional regime. It can however – and does – provoke a short-term panic that has to be calmed down by the government. This posttraumatic stress I am talking about interferes in mental health but also in the relation between society and political power¹².

In case of a terrorist attack state authorities find themselves in a position where they have to take not just any action but a visible one. That is what American constitutionalist Bruce Ackerman called *reassurance function*: „when a terrorist attack places the state's effective sovereignty in doubt, government must act visibly and decisively to demonstrate to its terrorized citizens that the breach was only temporary and that it is taking aggressive action to contain the crisis and to deal with the prospect of its recurrence”¹³. This function leaves place for symbolic measures. State of emergency fits perfectly the need for such figurative response. As a result, governments tend to have recourse to this institution very shortly after terrorist struck¹⁴.

¹⁰ K. Spence, *World Risk Society and War Against Terror*, Political Studies 2005, vol. 53, p. 293.

¹¹ A. Garapon, M. Rosenfeld, *Démocraties sous stress. Les défis du terrorisme global*, Paris 2016.

¹² *Ibidem*, p. 155.

¹³ B. Ackerman, *The Emergency Constitution*, The Yale Law Journal 2004, vol. 113, p. 1037.

¹⁴ To quote two most important examples: the US Patriot Act became effective over a month after 9/11, French president François Hollande signed a decree proclaiming state of emergency only hours after terrorist struck Paris on 13th of November 2015.

A key moment for state of emergency is the moment of its declaration. It becomes increasingly similar to a declaration of war and has a strong performative value. Very often it is indeed accompanied by a symbolic and non-binding *declaration of war on terror*. That was the case in the United States and recently in France¹⁵. Such declaration has also a performative dimension. By the single fact of declaring state of emergency, reality changes. Not only public authorities get legal tools to take action but also the fundamental function of state as such – security providing – is being staged. The question of incarnation and personalisation of power is intrinsic to state of emergency. It introduces personal bond between the citizen and the state, crucial when you consider that individuals have an inner experience of state of emergency. The state is embodied as a protector.

This symbolic act of declaration has a strong psychological effect on the population. It sends a message that the government is proactive and does what it takes to restore normality. Citizens do not have to know what exactly does it mean; it is enough for them to know that an action is being taken by a structure bigger, stronger, wiser than them, so they as citizens can come back to their everyday life and no longer have to be bothered with the consequences of terrorist attack. The state presents itself in a Hobbesian light: a leviathan engages to stop dispersed state of war caused by terrorists.

Through introduction of state of emergency resilience process is enabled. Once visible action is undertaken, society places its hope in state structures. This often involves a rise of trust in public actors such as president or prime minister¹⁶. At that very time the state regains its legitimacy, nowadays often questioned. The state as such constitutes the only imaginable framework fit in the eyes of its population for facing the terrorist menace. This republican faith is what makes resilience possible. „You will be alright, we take care of you” – that is the message that a declaration of state of emergency sends.

Of course, this readiness to eliminate danger is very often illusory. Many lawyers point out the fact that the choice of state of emergency far too often is a form of overreaction by the government. The aforementioned Antoine Garapon and Michel Rosenfeld say that the state compromises itself through this overreaction as it wants to hide its failure to provide security: „[Disproportion] places the state in a losing position because, either it overreacts and risks to lose its essence on the way (...), or it seems not to be up to the challenge, it underreacts. As consequence it undermines itself because it fails to fulfil its basic obligation, conditioning all others: obligation to provide security of its citizens”¹⁷. Ghislain Benhessa highlights the fact that turning to state of emergency is a smokescreen used to veil the lack of long-term vision of how to eradicate terrorism.

¹⁵ US President George W. Bush used the expression „war on terror” for the first time on 16th of September 2001. Manuel Valls, French PM at the time, said on 13th of January 2015, few days after Charlie Hebdo shooting, that France was on war with terrorists.

¹⁶ That was the case in France, where F. Hollande, the least popular president in French history, gained 20 points in polls within few days that followed Paris attacks. See A. Boudet, *Hausse historique de la popularité de François Hollande après les attentats, le FN en embuscade*, The Huffington Post, http://www.huffingtonpost.fr/2015/12/01/hausse-historique-popularite-hollande-apres-attentats_n_8688502.html, 01.12.2015.

¹⁷ A. Garapon, M. Rosenfeld, *op.cit.*, p. 119.

„To sum up, state of emergency is the worst advisor”, he insists¹⁸. Agreeing with both positions, I see that up to a certain extend state of emergency may be necessary for its psychologically appeasing value. Its alleged effectiveness is in a way a legal fiction that restores unity of a political community. This is what gives relief to individuals. It is a support needed to regain one's mental balance disrupted by terrorist attack, making resilience much easier. Through reassurance and appeasement, state of emergency as an institution proves its psychological utility.

This is how state of emergency may play a benign psychological role in the situation of terrorist attack. The existence of such positive factor does not, however, mean that the use of emergency powers in any way is the only tool at governments' disposition to reach the goal of appeasement. As I mentioned at the very beginning, state of emergency as a legal institution has a very strong symbolic force. It does bring some valuable effects in post-traumatic time following a terrorist attack, but those effects may not be analysed in isolation from its harmful consequences. Only confronting both allows to decide whether the psychological profits of state of emergency outweighs its costs.

4. Malign uses of emergency powers

For what state of emergency may be reproached? It is a response that authorities give to ever growing need of protection, even if it is only a symbolic one, experienced nowadays by population. As A. Garapon and M. Rosenfeld put it: „An attack affects the sovereign in a particularly strong way because it reveals the failure in complying with its first obligation: to protect citizens. Such a fear generates among people a new demand – a demand for security, not liberty. The Executive can do nothing but answer this demand by showing its firmness”¹⁹. Modern times abound in anxiety that does not have one specific, identifiable source. K. Spence suggests transition from nation state and its emergent globally oriented successor, and nostalgia for a fondly imagined era of stability, authenticity and self-assurance as origins of this anxiety²⁰. One can complete this catalogue by bringing up general instability of economic conditions as well as the loss of a number of benchmarks, previously provided by religion or mores. This makes people look for reasons of their distress. Governments suggest them one answer – not real but a convenient one: terrorism. It is also useful for public powers as this explanation discharges them from the failure in providing a stable social environment and shifts responsibility to an external actor.

Such phenomenon prepares ground for modern version of *voluntary servitude*. The State does not even have to ask for extra powers at expense of citizens' freedom; citizens are willing to give up their freedom themselves. This need for an absolute security grows bigger when terrorists strike. State of emergency with its visible and symbolic measures is there to answer such a need. As we have seen it before, it appeases people

¹⁸ G. Benhessa, *État de droit à l'épreuve du terrorisme. De l'Amérique post-11 Septembre à la France en état d'urgence*, Paris 2017, p. 143.

¹⁹ A. Garapon, M. Rosenfeld, *op.cit.*, p. 30.

²⁰ K. Spence, *op.cit.*, p. 296.

and serves resilience. The side effect of this consists in growing a dependence on this symbolic aspect of the institution of state of emergency.

Modern societies have a peculiar attitude towards state and its security-providing function. It has been reiterated that liberal democracies go through crisis of representation and are being delegitimized in eyes of their citizens. People no longer have faith in the state, even though at the same time they demand it to interfere more in social relations. This demand is perceptible in the field of security. The actual state of vigilance, as French philosopher Michaël Foessel claims, is being both maintained and desired²¹. When terrorist attacks and state of emergency comes into force, this new state parasitizes public space. Soldiers patrol streets, there are security announcements in public transport, politicians use war vocabulary in public messages, security controls pop up in new places. All of those measures are there to inform: public authorities are working to restore and maintain security. At first, it gives relief. Then, however, this staged security becomes addictive. Effectiveness of such measures is questionable, but at the same time it would be extremely hard for people to see them disappear. A sense of exposure would follow and anxiety would return.

Revealing this fiction and giving up some of most visible and very often fictive means requires political courage. For example, Emmanuel Macron during the election campaign promised he would end state of emergency as soon as he got elected as president of France. However, it took him few months to do so, and even then he signed a new antiterrorist bill that transferred some of emergency powers into common law²². The political cost of ending this bizarre tacit deal between citizens and the state is too high for most of politicians in power. Citizens want an absolute security. They will not be getting one, but they get an illusion of one. They agree for this ersatz and do not want to lose it. This addictive illusion allows them to fulfil the need of being in control in uncontrollable and chaotic times. It is a very human need that the state will not counter it as it has no real interest in doing so.

In return for a staged security enabled by emergency powers, the government will get back its undermined legitimacy. Shortly after state of emergency had been proclaimed in France, the acclaimed Italian philosopher Giorgio Agamben published in „Le Monde” an essay meaningfully entitled *From state of law to state of security*. He argues that in state of security „the State rests permanently on fear and has to maintain it at all cost, because this is where it gets its essential function and legitimacy from”²³. This is why, he adds later on, the state has to provoke terror or at least not prevent it from happening.

Agamben’s point is rooted in his famous essay *State of Exception* that serves as a reference in the topic since it was firstly published in 2003. Philosopher proposes a highly polemical thesis that after 9/11 state of exception became a new paradigm of government. Agamben perceives emergency powers as no man’s land between public law and political

²¹ M. Foessel, *État de vigilance. Critique de la banalité sécuritaire*, Paris 2016, p. 20.

²² See Ch. Hartmann, *Two years after the Paris attacks, France ends state of emergency*, <https://www.reuters.com/article/us-france-security/two-years-after-the-paris-attacks-france-ends-state-of-emergency-idUSKBN1D14KD>, 01.11.2017.

²³ G. Agamben, *De l’État de droit à l’État de sécurité*, Le Monde, 24.12.2015, p. 16.

fact, rule of law and political practice²⁴. The use of emergency powers in France, in particular the transposition of some of them into common law, proves his analysis right.

Originally citizens call the government to take action, because they are traumatised by a terrorist attack. It does take action but does not stop it once atmosphere calms down and society restores its ability to function normally. The government goes beyond what it has been asked for. After first symbolic measures, necessarily overexposed in order to appease general panic, public authorities do not obscure their action but continue to demonstrate it. This demonstration becomes habitual to people. Prolonging state of emergency over what is strictly needed leads to a growing pseudo-security addiction and reinforcing fear.

This process is central to the government's interest. Zygmunt Bauman shared Agamben's interpretation of emergency. In the interview, which he gave on the 15th anniversary of 9/11, he called those terrorist attacks „Heaven's gift for governments in profound crisis of legitimisation”²⁵. According to the sociologist proclamation of state of emergency, night raids and so on, all of this carefully scrutinized by media, are to represent the alleged restlessness in action of authorities. It leads to a conclusion that if terrorist hadn't existed, they would have to be invented.

Consequently, state of emergency comes as a handy smokescreen that allows to obscure government's helplessness in the face of other social problems that it cannot and do not want to solve. It diverts citizens' attention from actual and dispersed sources of recent instability of life that I mentioned before. Moreover, it does not even solve terrorist menace because it masks lack of long-term vision of how to fight terrorism but also lack of political will to actually do so. As it has already been established, it is citizen's fear that preserves government's legitimacy. Z. Bauman claims this fear to be the last reason that keeps politicians in power²⁶. This is why it would be counterproductive to eliminate the source of this fear. It is fear that brings people closer to the state and for the moment there is no alternative justification for unity of the people and their government.

5. Conclusion

It was my aim to propose a different approach to the widely discussed state of emergency. This approach focused on an intimate experience that citizens have of this legal institution in order to reveal some extra-normative functions of state of emergency. I wanted to use this different perspective in opposition to the most common, strictly political and legal one. It is, however, impossible to separate them. Trying to speak about emergency powers in its personal dimension always involves coming back to politics and how it exploits this individual experience. Law is a social phenomenon and is linked with both how members of this society live it and with how governments use it; it therefore constitutes a common framework in which politics and psychology

²⁴ G. Agamben, *State of exception*, Chicago 2005.

²⁵ Z. Bauman, *Gdyby nie było terrorystów, trzeba by ich wymyślić*, <http://krytykapolityczna.pl/swiat/bauman-gdyby-nie-bylo-terrorystow-trzeba-by-ich-wymyslic/>, 11.09.2016.

²⁶ Z. Bauman, *Obcy u naszych drzwi*, Warsaw 2016, p. 70.

meet. The strength of this link may vary from one branch of law to another, but is particularly strong in public law, as the example of state of emergency shows.

Psychological constitution of citizens may lead to broad political consequences. It may be a tool for a political manipulation and there is a threat that law will be used instrumentally for this purpose. Emergency powers may be applied in a way that could be either benign or malign to common mental health accordingly to the government's responsibility and political interest. Citizens should be able to recognize this process, for the sake of preservation of their rights and liberties. A certain part of symbolic measures that follow a declaration of state of emergency is necessary, but it is crucial to distinguish them from a *staged security*. This *theatre-like* use of emergency powers lives on people's fear and stress, masking government's helplessness. It deprives of freedom, not bringing anything apart from dependence on empty and ineffective security measures. We live in what Ulrich Beck called *world risk society*:²⁷ governments fail to manage crucial risks such as terrorism, so they issue a superfluous legislation in order to hide their real weakness in complying with its security-providing function. At the same time they stage the disaster to come and present themselves as the only actor able to prevent it from happening. In doing so public authorities intensify citizens' need for security, at their liberty's expense.

Then again, emergency powers used responsibly may have a positive psychological effect on population. The risk of perversion is however too high to be ignored. If terrorist ever strike again, introducing panic and post-traumatic stress, we should find another model that would allow reassurance, resilience and reconstruction of political unity. The first step would consist on understanding what true security really means: to learn how to live with fear and how to surpass it – for the sake of democratic values.

* * *

O nienomratywnych funkcjach stanu wyjątkowego. Spojrzenie na francuski *état d'urgence*

Ze względu na rosnące zagrożenie terrorystyczne, niektóre rządy wykorzystują stan wyjątkowy w celach antyterrorystycznych. W artykule staram się wykazać, że poza klasycznymi funkcjami normatywnymi, stan wyjątkowy zyskał nowe funkcje pozanormatywne. Zwyczajowo znajdujący się na przecięciu prawa i polityki, w czasach islamistycznego radykalizmu stan wyjątkowy nabiera wartości terapeutycznej. Przedstawiam zarówno pozytywne, jak i negatywne skutki wykorzystania ustawodawstwa wyjątkowego dla psychiki jednostek i stanu społeczeństwa jako wspólnoty politycznej. W tym celu przywołuję najnowsze prace z zakresu prawa, psychologii i socjologii. Dzięki temu ustawy wyjątkowe zostają przedstawione w interdyscyplinarnym świetle, niezbędnym dla zrozumienia współczesnego terroryzmu i jego społecznych konsekwencji. Wnioskiem z pracy jest to, że stan wyjątkowy nie stanowi odpowiedniej ramy dla walki z terroryzmem.

Słowa kluczowe: stan wyjątkowy, terroryzm, wojna z terrorem, polityka antyterrorystyczna

²⁷ U. Beck, *World at Risk*, Cambridge 2009.

Paweł Kołek¹

Elektrownie wiatrowe – skutki podatkowoprawne na gruncie podatku od nieruchomości

Streszczenie:

Pozyskiwanie energii z odnawialnych źródeł, zwłaszcza zaś energii wiatrowej, jest dynamicznie rozwijającym się sektorem energetyki na świecie. W Polsce wprowadzenie ustawy o inwestycjach w zakresie energetyki wiatrowej doprowadziło do stagnacji w branży. Głównym problemem jest opodatkowanie elektrowni wiatrowych w świetle podatku od nieruchomości. W artykule zostały omówione rozbieżności interpretacyjne w doktrynie i orzecznictwie sądów administracyjnych w zakresie tego jak należy klasyfikować elektrownię wiatrową oraz czy wszystkie jej elementy są opodatkowane. Dopełnieniem omawianej problematyki jest analiza podmiotu podatku, powstania obowiązku podatkowego, podstawy opodatkowania i stawki podatkowe.

Słowa kluczowe: elektrownia wiatrowa, odnawialne źródło energii, podatek

1. Wstęp

Energia pochodząca z odnawialnych źródeł energii oraz inwestycje w odnawialne źródła energii oddziałują i tworzą otaczającą każdego człowieka rzeczywistość. Powodów tego stanu rzeczy należy szukać na dwóch płaszczyznach. Pierwszą z nich jest płaszczyzna współistnienia Polski w Unii Europejskiej, która podejmuje wiele działań na rzecz ochrony środowiska, realizując ten cel między innymi poprzez wsparcie odnawialnych źródeł energii². Druga płaszczyzna odnosi się natomiast do wielu korzyści, które wiążą się z wykorzystaniem odnawialnych źródeł energii – nie tylko

¹ Autor jest absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych (t.j. Dz.U. UE L 09.140.16).

w zakresie ochrony środowiska, ale również ekonomii i zdrowia. Zgodnie z raportem na temat stanu energetyki wiatrowej w Polsce w 2016 roku, sporządzonym przez Stowarzyszenie Energetyki Wiatrowej na przestrzeni lat 2005–2016, energetyka oparta o źródła wiatrowe była najdynamiczniej rozwijającą się kategorią odnawialnych źródeł energii w Polsce, osiągając przyrost blisko 70-krotny³. Udział energii elektrycznej wytwarzanej przez elektrownie wiatrowe wyniósł 7,14% produkcji energii elektrycznej (elektrownie wiatrowe wytworzyły 11,6 TWh). Autorzy raportu zwracają uwagę, że sytuacja rynku zmieniła się w połowie 2016 r., kiedy to branża energetyki wiatrowej weszła w fazę stagnacji. Wskazują również, iż jednym z głównych powodów wstrzymania dalszego rozwoju energetyki wiatrowej jest wejście w życie ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych⁴, która ustaliła minimalną odległość turbin m.in. od domów na poziomie co najmniej 10-krotności wysokości całej instalacji. Mając na uwadze, iż zagadnienie elektrowni wiatrowych jest przedmiotem zmieniających się regulacji prawnych i pozostaje wciąż aktualne, należy zbadać problem podstawy opodatkowania elektrowni wiatrowych oraz energii przez nie wytwarzanej w zakresie prawa podatkowego. Celem niniejszego artykułu jest szczegółowe omówienie problemów wyłaniających się na tle podatku od nieruchomości, w którym elektrownia wiatrowa stanowi przedmiot opodatkowania.

2. Elektrownia wiatrowa – przedmiot opodatkowania

Nieruchomość jako podstawowa instytucja prawa cywilnego jest również elementem konstrukcji podatku, a mianowicie przedmiotem opodatkowania. Odpowiedzi na pytanie czym jest nieruchomość na gruncie prawa podatkowego, a także na kolejne problemy wyłaniające się na tym tle, należy szukać w ustawie o podatkach i opłatach lokalnych⁵.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 u.p.o.l., opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości podlegają następujące nieruchomości lub obiekty budowlane: budowle lub ich części związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Ponadto w kolejnych ustępach tego artykułu ustawodawca dokonuje wyłączeń z przedmiotu opodatkowania. Zakres przedmiotu opodatkowania w komentowanym przepisie zdaje się być zatem zupełny poprzez wskazanie pozytywne i negatywne. Problem jest natomiast próba wskazania jakim rodzajem nieruchomości jest elektrownia wiatrowa, a także czy jest nieruchomością, a zatem również, czy stanowi przedmiot opodatkowania. Wskazane w przepisie pojęcia znajdują swoje rozwinięcie w tzw. słowniczku wyrażeń ustawowych.

Istotne znaczenie mają w tym kontekście dwa punkty art. 1a ust. 1 u.p.o.l. Zgodnie art. 1a ust. 1 pkt 1 u.p.o.l. budynek to obiekt budowlany w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni

³ Raport Stowarzyszenia Energetyki Wiatrowej: Stan energetyki wiatrowej w Polsce w 2016 roku, <http://psew.pl/wp-content/uploads/2017/06/Stan-energetyki-wiatrowej-w-Polsce-w-2016-r.pdf>, 14.10.2017.

⁴ Ustawa z dnia 20 maja 2016 r. o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 961 ze zm.); dalej jako: u.i.e.w.

⁵ Ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 1785 ze zm.); dalej jako: u.p.o.l.

za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Natomiast art. 1a ust. 1 pkt 2 u.p.o.l. stanowi, że budowla to obiekt budowlany w rozumieniu przepisów prawa budowlanego niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, a także urządzenie budowlane w rozumieniu przepisów prawa budowlanego związane z obiektem budowlanym, które zapewnia możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem. Wprowadzone przez ustawodawcę rozróżnienie pozwala na stwierdzenie, iż elektrownia wiatrowa jest obiektem budowlanym. Przesądzenie wspomnianego problemu powoduje, że pojawia się kolejna wątpliwość, która przejawia się w odesłaniu terminologicznym do ustawy – Prawo budowlane⁶. Takie powiązania terminologiczne pozwalają na stwierdzenie, że prawo podatkowe – ustawa o podatkach i opłatach lokalnych – nie stworzyło autonomicznych definicji obiektu budowlanego, urządzenia budowlanego czy też obiektu małej architektury. Należy jednak zauważyć, że art. 1a ust. 1 pkt 2 u.p.o.l. odsyła do Prawa budowlanego w zakresie niepełnym, a mianowicie tylko do pojęcia „obektu budowlanego” i „urządzenia budowlanego”.

Ustawodawca w myśl art. 3 ust.1 pr.bud. przez „obiekt budowlany” rozumie: budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Wspomniana definicja dopełnia argumentację przemawiającą za uznaniem elektrowni wiatrowej za obiekt budowlany. Istotne znaczenie ma jednak ustalenie, czy elektrownia wiatrowa odpowiada definicji budynku. Zgodnie z art. 1a ust. 1 pkt 1 u.p.o.l., budynkiem jest obiekt budowlany w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Mając na uwadze powyższą definicję należy stwierdzić, że o ile elektrownie wiatrowe usytuowane są na fundamentach, to jednak nie są wydzielone z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych i nie posiadają dachu, stąd też należy uznać, iż są budowlami.

Analizy wymaga zatem pojęcie „budowli”, biorąc pod uwagę maszyny i urządzenia techniczne jako ewentualne części składowe budowli. Art. 3 pkt 1 pr.bud.⁷ traktujący o „budowli” nie zawiera w przykładowym wyliczeniu pojęcia „elektrowni wiatrowych”. Ustawodawca wskazał, iż „budowlą” jest każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów

⁶ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 1332 ze zm.); dalej jako: pr.bud.

⁷ Ilekroć w ustawie jest mowa o budowli, należy przez to rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową.

składających się na całość użytkową. W doktrynie i orzecznictwie od lat zarysowują się dwa stanowiska. Pierwsze podejście opiera się na założeniu, że maszyny, urządzenia i instalacje są częścią składową budowli, a to oznacza, że obiektem budowlanym jest budowla stanowiąca całość użytkową, a nie tylko jej elementy budowlane⁸. Natomiast zgodnie z drugim stanowiskiem, istotny jest podział budowli na jej elementy budowlane i niebudowlane⁹. Uzasadnia się to odwołaniem do brzmienia art. 3 pkt 1 pr.bud., w którym mowa, iż przez budowlę rozumie się części budowlane urządzeń technicznych. Zatem tylko ta część podlega opodatkowaniu, podczas gdy elementy niebudowlane mają charakter irrelevantny z punktu widzenia prawa podatkowego. Ponadto należy wskazać, że w orzecznictwie istnieją również rozbieżności co do opodatkowania elementów budowlanych i niebudowlanych w zakresie różnych obiektów: elektrowni wiatrowych¹⁰, elektrowni słonecznych¹¹ czy też stacji elektroenergetycznych¹².

Mając na uwadze powyższe, wymagana jest zatem analiza szczegółowa elektrowni wiatrowej jako obiektu budowlanego. Zaznaczyć należy, że również w tym zakresie ukształtowały się dwa stanowiska, podobnie jak w odniesieniu do ogólnego rozumienia budowli i ich części składowych jako przedmiotu opodatkowania. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem¹³, za budowlę uważa się tylko części budowlane elektrowni wiatrowych, ponieważ art. 3 pkt 3 pr.bud. *in fine* wskazuje, że budowlą – a w konsekwencji przedmiotem opodatkowania – są części budowlane urządzeń technicznych, co pozostawia poza zakresem opodatkowania części niebudowlane. Natomiast zgodnie z drugim poglądem, o obiekcie budowlanym dostosowanym do użytku w rozumieniu gospodarczym a także podatkowym można mówić, jeśli składa się z fundamentu, masztu, turbiny, wirnika, generatora, łopat. Nie budzi wątpliwości, że tylko łączne działanie wszystkich elementów powoduje zdolność elektrowni wiatrowej do wytwarzania energii elektrycznej, a zatem determinuje możliwość użytkowania obiektu budowlanego.

⁸ Np. wyrok NSA z 19 stycznia 2017 r., II FSK 3895/14, LEX nr 2248089; wyrok NSA z 16 grudnia 2016 r., II FSK 3476/14, LEX nr 2253712; wyrok WSA w Poznaniu z 26 marca 2015 r., I SA/Po 201/15, LEX nr 1806976; wyrok NSA z 7 lipca 2009 r., II FSK 2095/08, LEX nr 506268; wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2008 r., II FSK 1310/07, LEX nr 1011310; L. Etel, R. Długier, *Maszyny i urządzenia techniczne a podatek od nieruchomości*, Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych 2008, nr 10.

⁹ W. Morawski, *Podstawa opodatkowania budowli będącej częścią środka trwałego – między wartością rynkową a wartością początkową środka trwałego*, Przegląd Podatkowy 2014, nr 6, s. 19 i nast.; B. Brzeziński, W. Morawski, *Urządzenia techniczne a podatek od nieruchomości. Glosa do wyroku WSA w Lublinie z 7 czerwca 2006 r.*, I SA/Lu 158/06, Przegląd Podatkowy 2007, nr 10, s. 38 i nast.

¹⁰ K. Radzikowski, *Ciąg dalszy sporów o definicję budowli jako przedmiotu opodatkowania podatkiem od nieruchomości – casus elektrowni wiatrowych*, Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego 2017, nr 5, s. 37 i nast.

¹¹ K. Aromiński, *Elektrownia fotowoltaiczna jako przedmiot opodatkowania podatkiem od nieruchomości*, Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych 2016, nr 2, s. 11 i nast.

¹² M. Popławski, *Stacje elektroenergetyczne jako przedmiot opodatkowania podatkiem od nieruchomości*, Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych 2015, nr 9, s. 12 i nast.; K. Teszner, *Kwalifikowanie energetycznych obiektów budowlanych na potrzeby realizacji podatku od nieruchomości*, Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych 2012, nr 6, s. 16 i nast.

¹³ W. Morawski [w:] *Podatek od nieruchomości w orzecznictwie sądów administracyjnych. Komentarz. Linie interpretacyjne*, red. W. Morawski, Warszawa 2013, s. 78–85.

Takie rozumieniu jednocześnie oznacza, że zwolennicy tego poglądu uznają, iż wyliczenie zwarte w art. 3 pkt. 3 pr.bud. nie ma istotnego znaczenia, ponieważ definicja przedmiotu opodatkowania z art. 1a ust. 1 pkt 2 u.p.o.l., mimo że zawiera kaskadowe odesłanie, to jednak tylko do definicji obiektu budowlanego i urządzenia budowlanego, a nie wprost do definicji budowli w rozumieniu prawa budowlanego. Ponadto zauważają, iż elektrownia wiatrowa jest obiektem budowlanym *in extenso*, nawet gdyby przyjąć pogląd, że budowlą w myśl art. 3 pkt. 3 pr.bud. są tylko elementy budowlane. Wskazuje się również, że artykuł ten wymienia zarówno części budowlane urządzeń technicznych, jak i wolnostojące urządzenia przemysłowe i techniczne, co oznacza, że elektrownia może być w istocie zaklasyfikowana do każdej z tych kategorii.

Omawiając kwestię podstawy opodatkowania elektrowni wiatrowych nie można pominąć ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Przedmiot ustawy dotyczy bowiem warunków i trybu lokalizacji i budowy elektrowni wiatrowych oraz warunki lokalizacji elektrowni wiatrowych w sąsiedztwie istniejącej albo planowanej zabudowy mieszkaniowej. W uzasadnieniu do projektu ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych¹⁴ wskazano, że celem ustawy jest wykreślenie przepisu wprowadzającego podział elektrowni wiatrowych na części budowlaną i niebudowlaną. W nowym stanie prawnym cała elektrownia wiatrowa będzie obiektem budowlanym (budowlą). Zaznaczyć należy, że nie odniesiono się do skutków podatkowych, jakie wywoła wprowadzona zmiana.

Art. 2 pkt 1 u.i.e.w. określa elektrownię wiatrową jako budowlę w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, składającą się co najmniej z fundamentu, wieży oraz elementów technicznych, o mocy większej niż moc mikroinstalacji w rozumieniu art. 2 pkt 19 ustawy o odnawialnych źródłach energii. Natomiast art. 19 pkt 2 wskazuje, iż elementami technicznymi są wirnik z zespołem łopat, zespół przeniesienia napędu, generator prądotwórczy, układy sterowania i zespół gondoli wraz z mocowaniem i mechanizmem obrotu. Ponadto art. 9 pkt 1 u.i.e.w. dokonał zmian w ustawie – Prawo budowlane poprzez wykreślenie z przykładowego katalogu urządzeń, których tylko części budowlane znajdują się w – także otwartym – wyliczeniu obiektów uznawanych za budowle.

W zakresie podstawy opodatkowania wskazana regulacja nie wpłynęła na poglądy przedstawiane przez doktrynę. Zwolennicy¹⁵ koncepcji opodatkowania elektrowni wiatrowych wraz z maszynami i urządzeniami technicznymi uzyskali argument wzmacniający ich pogląd. Natomiast autorzy¹⁶ opowiadający się za opodatkowaniem jedynie części budowlanych elektrowni wiatrowych marginalizują znaczenie wprowadzonych zmian. Należy jednak stwierdzić, że taki pogląd nie znajduje uzasadnienia, bowiem pomimo że prawo podatkowe nie powinno ulegać zmianie poprzez odesłania

¹⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych, Druk sejmowy nr 315, VIII kadencja, s. 4, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=315>, 15.10.2017.

¹⁵ B. Pahl, *Podatki i opłaty lokalne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2017, s. 98–104; R. Dowgier, *Nowe zasady opodatkowania elektrowni wiatrowych*, Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych 2016, nr 9, s. 6 i nast.

¹⁶ W. Morawski, *Zmiany w regulacji podatku od nieruchomości w 2016 r. – drobne remonty w skansenie*, Przegląd Podatkowy 2016, nr 11, s. 19–21; D. Malinowski, A. Małecka, *Czy od 1 stycznia 2017 r. zwiększy się podatek od farm wiatrowych?*, Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych 2017, nr 1, s. 7 i nast.

do kolejnych ustaw, a jednocześnie innych gałęzi prawa, to skutek w postaci opodatkowania elektrowni wiatrowych z maszynami i urządzeniami technicznymi zaistniał. Zdają się to potwierdzać kolejne wyroki¹⁷ wydawane w nowym stanie prawnym. Ponadto powyższą analizę potwierdza art. 17 u.i.e.w., traktujący o ustaleniu i poboru podatku w roku 2016. Zatem, przyjmując koncepcję racjonalnego ustawodawcy, konieczne jest wyprowadzenie wniosku o świadomej zmianie opodatkowania elektrowni wiatrowych. Ze względu na negatywne skutki opodatkowania „całości” elektrowni wiatrowej Ministerstwo Energii przygotowało zmianę ustawy – Prawo budowlane oraz ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych¹⁸, która ma dokonać zmian w definicji z art. 2 pkt 1 u.i.e.w., określając elektrownię wiatrową jako budowlę, której elementami składowymi są tylko fundament i wieża. Podsumowując rozważania w tym zakresie, pomimo negatywnych skutków art. 2 pkt 1 u.i.e.w., nie można znaleźć uzasadnienia do obrony poglądu o częściowym opodatkowaniu elektrowni wiatrowych w aktualnym stanie prawnym. Właściwa interpretacja i stosowanie prawa wskazują, że wprowadzona ustawa, a wraz z nią definicja elektrowni wiatrowych, zmieniła zasady opodatkowania.

3. Podmiot podatku

Z regulacją dotyczącą przedmiotu opodatkowania nierozzerwalnie złączony jest podmiot podatku. Pojęcie podatnika zostało zdefiniowane w art. 3 ust. 1 u.p.o.l., obejmując nim zarówno osoby fizyczne, osoby prawne, jak i nieposiadające osobowości prawnej jednostki organizacyjne. Ponadto podatnik powinien posiadać określone władztwo nad rzeczą. Ustawodawca wskazuje, że taki status wynika z bycia właścicielem lub posiadaczem samoistnym elektrowni wiatrowej czy też posiadaczem całości lub części elektrowni wiatrowej stanowiącej własność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Pomimo niezwykle szerokiego ujęcia tytułów, których posiadanie może powodować nabycie statusu podatnika podatku od nieruchomości, w praktyce podatkowej należy w każdym indywidualnym przypadku ustalić, czy podmiot ma faktyczne władztwo nad rzeczą, a nie jedynie korzysta z rzeczy¹⁹. Zgodnie z art. 3 ust. 4 u.p.o.l., jeżeli nieruchomość lub obiekt budowlany stanowią współwłasność lub współposiadanie dwóch lub więcej podmiotów, obowiązek podatkowy od tej nieruchomości ciąży solidarnie na wszystkich współwłaścicielach lub współposiadaczach.

¹⁷ Np. wyrok WSA w Bydgoszczy z 21 lutego 2017 r., I SA/Bd 866/16, LEX nr 2229366; wyrok WSA w Bydgoszczy z 11 kwietnia 2017 r., I SA/Bd 11/17, LEX nr 2316150; wyrok WSA w Gorzowie Wlkp. z 8 marca 2017 r., I SA/Go 56/17, LEX nr 2261412; wyrok WSA w Gorzowie Wlkp. z 5 kwietnia 2017 r., I SA/Go 95/17, LEX nr 2276686; wyrok WSA w Łodzi z 2 sierpnia 2017 r., I SA/Łd 379/17, LEX nr 2350247; wyrok WSA w Rzeszowie z 13 czerwca 2017 r., I SA/Rz 233/17, LEX nr 2313898; wyrok WSA w Szczecinie z 17 maja 2017 r., I SA/Sz 181/17, LEX nr 2307456; wyrok WSA w Szczecinie z 27 lipca 2017 r., I SA/Sz 425/17, LEX nr 2345431; wyrok WSA w Szczecinie z 2 sierpnia 2017 r., I SA/Sz 541/17, LEX nr 2343232.

¹⁸ Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych, Druk sejmowy nr 814, VIII kadencja, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/C5CCBC79F9E7F4E2C1258025003D831B/%24File/814.pdf>, 15.10.2017.

¹⁹ P. Borszowski, *Komentarz do art. 3 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych* [w:] P. Borszowski, K. Stelmaszczyk, *Podatki i opłaty lokalne. Podatek rolny. Podatek leśny. Komentarz*, Warszawa 2016.

4. Obowiązek podatkowy

Powstanie obowiązku podatkowego zostało uregulowane w art. 6 u.p.o.l., zgodnie z którym obowiązek podatkowy powstaje od pierwszego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym powstały okoliczności uzasadniające powstanie tego obowiązku, np. wybudowanie elektrowni wiatrowej czy nabycie prawa własności do nieruchomości. Ustawodawca przewidział wspomnianą tu regułę oraz przypadek szczególny:

gdy okolicznością, od której jest uzależniony obowiązek podatkowy, jest istnienie budowli albo budynku lub ich części. Wówczas ustawodawca podatkowy nie wiąże momentu powstania tego obowiązku z pierwszym dniem kolejnego miesiąca, ale w pewnym sensie przeszuwa moment powstania tego obowiązku na 1 stycznia roku następującego po roku, w którym budowa została zakończona lub w którym rozpoczęto użytkowanie budowli albo budynku lub ich części przed ich ostatecznym wykończeniem²⁰.

Natomiast obowiązek podatkowy wygasa, zgodnie z art. 6 ust. 4 u.p.o.l., z upływem miesiąca, w którym ustały okoliczności uzasadniające ten obowiązek.

I chociaż ustawodawca nie określa tych przesłanek, oczywiste jest, iż będą to sytuacje odnoszące się do zdarzeń faktycznych i prawnych przeciwnych do okoliczności uzasadniających powstanie obowiązku podatkowego w danym podatku (np. sprzedaż nieruchomości lub obiektu budowlanego bądź prawa użytkowania wieczystego nieruchomości, wygaśnięcie dzierżawy gruntu będącego własnością gminy)²¹.

Zobowiązanie podatkowe jest następstwem obowiązku podatkowego. W sposób bezpośredni wyraża to ustawodawca w komentowanym przepisie art. 6 ust. 5 u.p.o.l. Zgodnie z tą regulacją, jeżeli obowiązek podatkowy powstał lub wygasł w ciągu roku, podatek za ten rok ustala się proporcjonalnie do liczby miesięcy, w których istniał obowiązek. Kwota świadczenia podatkowego wynikająca z zobowiązania podatkowego będzie więc ustalona proporcjonalnie do liczby miesięcy, w których istniał obowiązek podatkowy²².

Zagadnienie zobowiązania podatkowego zostało przez ustawodawcę uregulowane poprzez wprowadzenie dwóch sposobów powstania zobowiązania podatkowego. Jeżeli podatnikiem są osoby fizyczne, to zgodnie z art. 6 ust. 7 u.p.o.l. powstaje z mocy decyzji organu podatkowego właściwego ze względu na miejsce położenia przedmiotu opodatkowania. Podatek płatny jest w czterech ratach proporcjonalnie do czasu trwania obowiązku podatkowego, w terminach do: 15 marca, 15 maja, 15 września i 15 listopada roku podatkowego. Pomimo że zobowiązanie podatkowe powstaje z dniem doręczenia decyzji ustalającej, nie oznacza to, że obowiązek działania spoczywa jedynie na organie podatkowym. Osoby fizyczne są obowiązane złożyć właściwemu organowi podatkowemu informację o nieruchomościach i obiektach budowlanych w terminie 14 dni od dnia wystąpienia okoliczności uzasadniających powstanie albo wygaśnięcie

²⁰ *Ibidem*, art. 6.

²¹ L. Etel, *Komentarz do art. 6 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych* [w:] L. Etel, *Podatek od nieruchomości. Komentarz*, Warszawa 2012.

²² P. Borszowski, *op.cit.*

obowiązku podatkowego w zakresie podatku od nieruchomości lub od dnia zaistnienia zdarzenia. W stosunku do osób prawnych, jednostek organizacyjnych oraz spółek niemających osobowości prawnej zobowiązanie podatkowe powstaje z mocy prawa. Takie uregulowanie łączy się z obowiązkami podatnika. Podstawowym obowiązkiem jest, zgodnie z art. 9 pkt 1 u.p.o.l., złożenie do dnia 31 stycznia organowi podatkowemu właściwemu ze względu na miejsce położenia przedmiotów opodatkowania deklaracji na podatek od nieruchomości na dany rok podatkowy, a jeżeli obowiązek podatkowy powstał po tym dniu – w terminie 14 dni od dnia zaistnienia okoliczności uzasadniających powstanie tego obowiązku. Obowiązani są również do skorygowania deklaracji w razie zmiany sposobu wykorzystywania budowli w terminie 14 dni od zaistnienia zdarzenia. Ostatnim obowiązkiem podatnika jest wpłacenie bez wezwania obliczonego w deklaracji podatku od nieruchomości na rachunek właściwej gminy, w terminie do 15 dnia każdego miesiąca, a za styczeń do dnia 31 stycznia.

5. Podstawa opodatkowania i stawka podatkowa

Elementem konstrukcyjnym podatku jest także podstawa opodatkowania. W przypadku elektrowni wiatrowych zastosowanie znajdzie art. 4 ust. 1 pkt 3 u.p.o.l. stanowiący iż:

podstawę opodatkowania stanowi dla budowli lub ich części związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej, z zastrzeżeniem ust. 4–6 – wartość, o której mowa w przepisach o podatkach dochodowych, ustalona na dzień 1 stycznia roku podatkowego, stanowiąca podstawę obliczania amortyzacji w tym roku, niepomniejszona o odpisy amortyzacyjne, a w przypadku budowli całkowicie zamortyzowanych – ich wartość z dnia 1 stycznia roku, w którym dokonano ostatniego odpisu amortyzacyjnego.

Przedstawiona wyżej ogólna reguła doznaje jednak wyjątków. W przypadku, gdy budowle są całkowicie zamortyzowane, a zatem nie podlegają dalszej amortyzacji, należy przyjąć wartość z 1 stycznia tego roku, w którym dokonano ostatniego odpisu amortyzacyjnego. Ustawodawca uregulował także w art. 4 ust. 5 u.p.o.l. sytuację, gdy zarówno od budowli, jak i od ich części nie dokonuje się odpisów amortyzacyjnych. Wówczas podstawę opodatkowania stanowi ich wartość rynkowa, określona przez podatnika na dzień powstania obowiązku podatkowego. Nie ulega wątpliwości, iż we wszystkich powyższych sytuacjach to podatnik podaje wartość podstawy opodatkowania. Słusznie jednak orzecznictwo podatkowe²³ stwierdza, że o ile na podatniku ciąży obowiązek podania wartości podstawy opodatkowania, to organ nie jest zwolniony z obowiązku weryfikacji i ustaleń w kwestii tak zasadniczej dla prawidłowego wymiaru podatku.

W odniesieniu do stawki podatkowej znaczenie ma art. 5 ust. 1 pkt 3 u.p.o.l., zgodnie z którym rada gminy, w drodze uchwały, określa wysokość stawek podatku od nieruchomości, z tym że stawki nie mogą przekroczyć rocznie od budowli – 2% ich wartości określonej na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 3 i ust. 3–7.

²³ Wyrok WSA w Gliwicach z 6 października 2008 r., I SA/GI 330/08, LEX nr 500723.

6. Podsumowanie

Jak zostało wskazane we wstępie, głównym przedmiotem artykułu będzie całościowe omówienie problematyki elektrowni wiatrowych – przedmiotu opodatkowania podatkiem od nieruchomości. Pozornie tylko konstrukcja podatku od nieruchomości zdaje się być klarowna, jednak w praktyce to właśnie ona sprawia najwięcej problemów w relacji do pozostałych rodzajów podatków. Nie inaczej jest w przypadku opodatkowania elektrowni wiatrowych, gdzie poza problemami związanymi z niedoskonałą legislacją, nakładają się trudności związane z rozbieżnościami w doktrynie i orzecznictwie, które są jednocześnie skutkiem aktualnego stanu prawnego. Takie ogólne określenie problemu nie zwalnia jednak z próby usystematyzowania analizowanej materii, zwłaszcza, że odnawialne źródła energii wydają się być przyszłością w energetyce. Kwestie podatkowe w tym zakresie mają znaczenie niebagatelne, ponieważ wpływają na efektywność gospodarczą – opłacalność. Wprowadzone ustawą o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych zmiany spowodowały, że elektrownia wiatrowa zdefiniowana została jako budowla w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, przy czym doprecyzowane zostało, iż budowlę tę stanowi fundament, wieża oraz elementy techniczne. Przyjęcie dla celów podatku od nieruchomości definicji elektrowni wiatrowej skutkuje tym, iż przewidziany w ustawie o podatkach i opłatach lokalnych sposób obliczania podstawy opodatkowania budowli wiąże się ze znacznym wzrostem obciążeń w postaci podatku od nieruchomości. Elementy techniczne elektrowni wiatrowych, ze względu na swoją wartość, stanowią bowiem przyczynę znacznego wzrostu podstawy opodatkowania. Pomimo wprowadzenia przez ustawodawcę definicji oddziałującej negatywnie na sektor energetyki wiatrowej, nie powinna ona jednak budzić wątpliwości w zakresie interpretacji. Doktryna nadal jednak pozostała podzielona, natomiast sądy administracyjne uznają elektrownię wiatrową w całości za budowlę i w konsekwencji uznają, iż od całej jej wartości powinien zostać obliczony podatek.

* * *

Wind Power Stations – Taxation Consequences on the Ground of Property Tax

Renewable energy sources subsector, especially wind energy, is a dynamically developing sector of energy in the world. In Poland, introduction of the law on investments in the field of wind energy has led to stagnation in this industry. The main problem is taxation of wind farms in the light of property tax. The article discusses interpretation discrepancies in doctrine and jurisprudence of administrative courts in terms of how to classify wind farm and whether all its elements are taxed. The analysis of a subject of tax, the emergence of tax obligation, tax base and tax rates complete the discussed problem.

Key words: wind power plant, renewable energy sources, tax

Agnieszka Anusz¹

Podmiotowość prawna osoby elektronicznej a rozwój sztucznej inteligencji w wybranych obszarach prawa konsumenckiego

Streszczenie:

16 lutego 2017 r. Parlament Europejski przyjął Rezolucję 2015/2103 (INL) zawierającą zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki, będącą próbą uregulowania między innymi kwestii sztucznej inteligencji. Ustawodawca europejski zastosował w niej dwa kluczowe pojęcia, które na chwilę obecną wyznaczają sposób myślenia o regulacjach prawnych dotyczących sztucznej inteligencji, czyli pojęcia: statusu osoby elektronicznej i konsumenta. Status osoby elektronicznej stanowi *de facto* kolejną formę podmiotowości prawnej, natomiast użycie pojęcia konsumenta w stosunku do osób korzystających ze sztucznej inteligencji implikuje konsumencki charakter stosunku prawnego między sztuczną inteligencją a osobą z niej korzystającą.

Za kluczową kwestię należałoby zatem uznać konsekwencje, jakie wiążą się z przyznaniem bądź nieprzyznaniem statusu osoby elektronicznej a prawem konsumenckim w poszczególnych dziedzinach zastosowania sztucznej inteligencji.

Słowa kluczowe: sztuczna inteligencja, prawo konsumenckie, konsument, podmiotowość prawna

1. Wstęp

16 lutego 2017 r. Parlament Europejski przyjął Rezolucję zawierającą zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki². Jest to pierwszy tego

¹ Autorka jest studentką IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

² Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2015/2103(INL) z 16.02.2017 zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//PL>, 06.02.2018; dalej jako: Rezolucja.

rodzaju dokument dotyczący sztucznej inteligencji³ (*artificial intelligence*) – mający znaczenie szersze niż poszczególne regulacje krajowe – w którym stwierdzono, że z uwagi na nieuchronny rozwój sztucznej inteligencji i wzrost jej znaczenia dla konsumentów, przejawiający się chociażby w rosnącym udziale szeroko pojętych robotów na rynku, potencjał sztucznej inteligencji jako koła zamachowego innowacyjnej gospodarki czy też świadomość zagrożeń, które niesie rozwój sztucznej inteligencji⁴, konieczne są regulacje prawne w zakresie jej tworzenia i funkcjonowania.

Parlament Europejski postuluje między innymi uregulowanie kwestii odpowiedzialności za funkcjonowanie robotów, które można zakwalifikować jako wyposażone w sztuczną inteligencję⁵, stworzenie podstawowych zasad etycznych, którymi miałyby się one kierować (za podstawę proponuje przyjąć prawa *Asimova*)⁶ czy stworzenie europejskiego rejestru robotów wyposażonych w sztuczną inteligencję⁸. Same roboty miałyby jedynie wspomagać człowieka, nie go zastępować⁹, a rozwój w zakresie robotyki i sztucznej inteligencji powinien odbywać się z poszanowaniem podstawowych zasad, takich jak bezpieczeństwo czy ochrona prywatności¹⁰.

Celem niniejszej pracy jest przedstawienie wybranych stosunków społecznych czy też społeczno-ekonomicznych, w których – na chwilę obecną – istnieje największy potencjał rozwoju sztucznej inteligencji w odniesieniu do prawa konsumenckiego oraz wykazanie na tym tle problemów i konsekwencji związanych z potencjalnym wprowadzeniem do unijnego porządku prawnego pojęcia osoby elektronicznej lub zakwalifikowaniem robotów wyposażonych w sztuczną inteligencję za treść cyfrową lub trwałą nośnik, co wpisuje się w konstrukcje prawne funkcjonujące w porządku prawnym, a będące – jak się wydaje – najbliższe temu, czym sztuczna inteligencja jest na chwilę obecną. Niniejsza praca ma również za zadanie wykazanie następstw, jakie w obecnym porządku prawnym wynikają z zastosowania przez europejskiego ustawodawcę konstrukcji prawnej konsumenta.

Za dające największe możliwości rozwoju zastosowania sztucznej inteligencji obecnie i w dającej się przewidzieć przyszłości, na potrzeby niniejszego artykułu, została uznana szeroko pojęta opieka – w szczególności nad osobami starszymi, niepełnosprawnymi, dziećmi, a także medycyna, transport i handel.

³ Sztuczna inteligencja rozumiana jest obecnie szerzej aniżeli sama robotyka, przede wszystkim jako forma tzw. uczenia maszynowego.

⁴ Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2015/2103(INL) z 16.02.2017 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki, pkt A-S (Wprowadzenie).

⁵ *Ibidem*, pkt Z-AI.

⁶ Prawa Asimova: trzy zasady etyczne, którymi powinny kierować się roboty posiadające sztuczną inteligencję. Stworzone przez Issaca Asimova i opublikowane w opowiadaniu *Zabawa w berka*, w 1942 r.:
1. Robot nie może skrzywdzić człowieka ani przez działanie ani przez zaniechanie.
2. Robot musi być posłuszny rozkazom człowieka, chyba że stoją one w sprzeczności z pierwszym prawem.
3. Robot musi chronić samego siebie, o ile nie stoi to w sprzeczności z pierwszym i drugim prawem.

⁷ Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2015/2103(INL) z 16.02.2017 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki, pkt T (Wprowadzenie).

⁸ *Ibidem*, pkt 2 (Zasady ogólne dotyczące rozwoju robotyki i sztucznej inteligencji do celów cywilnych).

⁹ *Ibidem*, pkt 3.

¹⁰ *Ibidem*, pkt 9–12.

2. Pojęcie osoby elektronicznej i znaczenie pojęcia konsumenta w kontekście sztucznej inteligencji

W swoich postulatach Parlament Europejski posługuje się dwoma, kluczowymi z punktu widzenia niniejszej pracy, pojęciami – wprowadza pojęcie osoby elektronicznej oraz posługuje się pojęciem konsumenta w kontekście osób, które docelowo mają korzystać z robotów bądź maszyn wyposażonych w sztuczną inteligencję. Jest to na tyle istotne, że użycie w rezolucji pojęcia konsumenta, które zgodnie z art. 22¹ Kodeksu cywilnego¹¹ oznacza „osobę fizyczną, która zawiera z przedsiębiorcą czynność prawną niezwiązaną bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową”, implikuje konsumencki charakter stosunku prawnego pomiędzy robotem bądź maszyną posiadającą sztuczną inteligencję a osobą fizyczną, która automatycznie staje się w danej czynności prawnej konsumentem. Wydaje się więc, że Parlament Europejski, nie posługując się szerokim pojęciem osoby fizycznej czy też pojęciem użytkownika – znanego chociażby prawu autorskiemu¹² – z jednej strony, w sposób pośredni, konstytuuje podmiotowość takiego robota (w szczególności poprzez nieposługiwanie się względem niego takimi pojęciami jak: użytkownik czy użytkowanie), z drugiej zaś pozostawia otwartą kwestię regulacji stosunków prawnych pomiędzy robotami wyposażonymi w sztuczną inteligencję a osobami prawnymi, tzw. ułomnymi osobami prawnymi czy po prostu w stosunkach prawnych innych niż te, dające się zdefiniować jako stosunki konsumenckie.

Parlament Europejski w Rezolucji wprowadza również pojęcie osoby elektronicznej – mimo że określa ją jako status, uzasadnionym wydaje się być stwierdzenie, że jest to tak naprawdę, chociaż bardzo ograniczona – ale jednak – podstawa kolejnej konstrukcji osobowości w prawie. W Rezolucji zastrzeżono jednocześnie, że wprowadzenie statusu osoby elektronicznej to „perspektywa długoterminowa”¹³ oraz że osobowość elektroniczna powinna dotyczyć „przynajmniej najbardziej rozwiniętych robotów autonomicznych”¹⁴ i stanowić przede wszystkim podstawę do samodzielnej odpowiedzialności odszkodowawczej.

3. Zastosowanie sztucznej inteligencji w umowie sprzedaży

Za trzy podstawowe, z punktu widzenia prawodawstwa konsumenckiego, typy umów sprzedaży należy uznać: umowę zawieraną w lokalu przedsiębiorcy, umowę zawieraną poza lokalem przedsiębiorcy i umowę zawieraną na odległość. Najbardziej oczywistym zastosowaniem robotów wyposażonych w sztuczną inteligencję jest zastosowanie ich w umowach zawieranych w lokalu przedsiębiorcy, co zresztą już ma miejsce, chociaż przede wszystkim w fazie pilotażowej. Podstawowym problemem w tej kwestii jest pytanie, czy można takiego robota zakwalifikować jako osobę czynną w lokalu

¹¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 459, 933, 1132); dalej jako: k.c.

¹² Oddział 3. ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 1191, 1293, 1669).

¹³ Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2015/2103(INL) z 16.02.2017 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki, pkt 59f.

¹⁴ *Ibidem*.

przedsiębiorstwa, w myśl art. 97 k.c., i uznać go za podmiot zdolny do zawierania czynności prawnych w imieniu przedsiębiorcy, a także czy można oczekiwać od niego wykonywania innych czynności, które zwyczajowo dokonują osoby zajmujące takie stanowisko – zakładając, że robot posiadałby na tyle rozwiniętą sztuczną inteligencję, żeby np. doradzać klientom czy reagować na indywidualne przypadki w różnych okolicznościach, co wiązałoby się z umiejętnością rozumienia konkretnych sytuacji i reagowania na nie we właściwy sposób – czyli cechować się tym poziomem inteligencji, który stanowi definicję inteligencji jako takiej¹⁵. Takie zastosowanie robotów bądź maszyn wyposażonych w sztuczną inteligencję wiązałoby się, w myśl ogólnych zasad prawa cywilnego, z koniecznością nadania takiemu robotowi statusu osoby elektronicznej, charakteryzującego się przyznaniem przynajmniej ograniczonej zdolności do czynności prawnych. Konstytuowałaby ona jego zdolność do czynności prawnych, co wydaje się być korzystne zarówno dla przedsiębiorców, jak i konsumentów, którzy wprost będą mogli oczekiwać podobnego zakresu obowiązków czy poziomu usługi, niezależnie od tego, czy czynności prawnej dokonywać będą z osobą fizyczną, czy z osobą elektroniczną, gdyż zarówno jedna, jak i druga będą uprawnione do reprezentowania przedsiębiorcy w myśl art. 97 k.c. Z drugiej strony, takie rozwiązanie mogłoby przyczynić się do wypierania z rynku pracy pracowników-osób fizycznych i do zastępowania ich osobami elektronicznymi, co jest sprzeczne z założeniami Rezolucji Parlamentu Europejskiego¹⁶, a także zrewolucjonizowałoby podejście do podmiotowości prawnej w ogóle.

Prawdopodobnym jest analogiczne zastosowanie robotów wyposażonych w sztuczną inteligencję w umowach zawieranych poza lokalem przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy o prawach konsumenta¹⁷, jest to umowa zawarta przy jednoczesnej obecności stron w miejscu, które nie jest lokalem przedsiębiorcy (art. 2 pkt 2a u.p.k.) albo w wyniku przyjęcia przez konsumenta oferty w powyższych okolicznościach (art. 2 pkt 2b u.p.k.), albo „w lokalu przedsiębiorcy lub za pomocą środków porozumienia się na odległość bezpośrednio po tym jak nawiązano indywidualny i osobisty kontakt z konsumentem w miejscu, które nie jest lokalem przedsiębiorcy” (art. 2 pkt 2c u.p.k.), albo „podczas wycieczki zorganizowanej przez przedsiębiorcę, której celem lub skutkiem jest promocja oraz zawieranie umów z konsumentami” (art. 2 pkt 2c u.p.k.). Takie wykorzystanie robotów wyposażonych w sztuczną inteligencję znów wymaga nadania im statusu osoby elektronicznej, przyznającego co najmniej zdolność prawną i ograniczoną zdolność do czynności prawnych, gdyż zarówno przepisy k.c. (artykuły: 10, 11, 14, 33, 33¹), jak i wspomniany art. 2 pkt 2 u.p.k. wprost wymagają zdolności do czynności prawnych czy też statusu strony, który wiąże się z przyznaniem przynajmniej ograniczonej zdolności do czynności prawnych, ażeby móc mówić o skutecznym zawarciu czynności prawnej.

¹⁵ *Inteligencja* [w:] *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, t. I (A-K), Warszawa 1988, s. 797.

¹⁶ Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2015/2103(INL) z 16.02.2017 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki, pkt 3 (Zasady ogólne dotyczące rozwoju robotyki i sztucznej inteligencji do celów cywilnych).

¹⁷ Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 683, 2361); dalej jako: u.p.k.

Kolejny problem stanowi zawarcie umowy na odległość z robotem wyposażonym w sztuczną inteligencję. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 1 u.p.k. jest to „umowa zawarta z konsumentem w ramach zorganizowanego systemu zawierania umów na odległość, bez jednoczesnej fizycznej obecności stron, z wyłącznym wykorzystaniem jednego lub większej liczby środków porozumiewania się na odległość do chwili zawarcia umowy włącznie”. Wydaje się, że w takiej sytuacji zawarcie umowy na odległość z robotem posiadającym status osoby elektronicznej nie generuje więcej dylematów niż te już zasygnalizowane.

Za problematyczną należałoby natomiast uznać kwestię, czy mamy do czynienia ze skutecznie zawartą umową na odległość, gdy do jej zawarcia został wykorzystany robot wyposażony w sztuczną inteligencję, ale albo nie posiada on statusu osoby elektronicznej, albo sztuczna inteligencja, w którą został on wyposażony, nie jest na tyle rozwinięta, żeby móc przyznać takiemu robotowi status osoby elektronicznej. Należałoby w takim przypadku rozważyć, czy sztuczna inteligencja w takim przypadku mogłaby zostać zakwalifikowana jako zorganizowany system zawierania umów na odległość. Z kolei z tym problemem wiąże się kwestia kluczowa w kontekście prawa konsumenckiego, a w szczególności umów zawieranych poza lokalem przedsiębiorcy i na odległość, czyli pojęcie trwałego nośnika (art. 2 pkt 4 u.p.k.) i ustawowy obowiązek zapewnienia konsumentowi chociażby potwierdzenia zawarcia umowy na odległość (art. 21 u.p.k.) lub potwierdzenia zawarcia umowy poza lokalem przedsiębiorcy (art. 15 u.p.k.) na trwałym nośniku. W powyższych przypadkach zastosowania sztucznej inteligencji pojawia się pytanie, czy sztuczna inteligencja sama w sobie, np. w postaci aplikacji, może być trwałym nośnikiem. W myśl obecnego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku w sprawie *Inconsult Anstalt*¹⁸ – dotyczącym co prawda dyrektywy w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego¹⁹, ale można uznać je za równie wiążące w odniesieniu do umów konsumenckich²⁰ – określił trzy przesłanki, które sprawiają, że można mówić o trwałym nośniku, a mianowicie: 1) musi on umożliwiać klientowi przechowywanie na nim informacji, do których będzie miał dostęp tak długo, jak jest to niezbędne; 2) informacje te nie będą mogły być jednostronnie zmienione przez przedsiębiorcę; 3) za trwały nośnik należy uznać pamięć USB lub dysk twardy komputera albo telefonu konsumenta, na którym zapisane zostały wiadomości e-mail, SMS, czy MMS²¹. Powyższa wykładnia skłania do konkluzji, że można wyobrazić sobie takie formy sztucznej inteligencji, które będą mogły być zakwalifikowane jako trwały nośnik.

Niemniej jednak oba powyższe przykłady wskazują na konieczność doprecyzowania stopnia rozwoju sztucznej inteligencji kwalifikującej się jako ta, której może zostać przyznany status osoby elektronicznej, niezależnie od formy jej uzewnętrznienia.

¹⁸ Wyrok TSUE z 27 stycznia 2010 r. w sprawie E-4/09 *Inconsult Anstalt* oraz Urząd ds. Rynku Finansowego (*Finanzmarktaufsicht*), 2010/C 305/09.

¹⁹ Dyrektywa 2002/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 grudnia 2002 r. w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego (Dz.U. L 9 z 15.1.2003, s. 3–10).

²⁰ D. Lubasz [w:] *Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz*, red. M. Namysłowska, D. Lubasz, Warszawa 2015, s. 51.

²¹ *Ibidem*, s. 50, 55.

4. Zastosowanie sztucznej inteligencji a pojęcie treści cyfrowej

Treść cyfrowa to, zgodnie z motywem 19. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie praw konsumentów²², „dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej, w szczególności aplikacje, programy komputerowe, gry, muzyka, nagrania wizualne i teksty”, niezależnie od tego w jaki sposób konsument uzyskuje do nich dostęp. Pojawia się zatem pytanie, czy nie można byłoby uznać sztucznej inteligencji (szczególnie tej niezawansowanej) za treść cyfrową, która – zgodnie z motywem 19. dyrektywy w sprawie praw konsumentów – powinna być traktowana jako towar (gdy jest dostarczana na trwałym nośniku), a gdy nie jest ona dostarczona na trwałym nośniku, to powinna być ona wyłączona spod zastosowania dyrektywy w sprawie praw konsumentów, jak również spod zastosowania przepisów dotyczących umów sprzedaży i umów o świadczenie usług. Wydaje się jednak, że zakwalifikowanie danego robota czy maszyny jako wyposażonych w sztuczną inteligencję, przede wszystkim w myśl definicji samego pojęcia inteligencji, przyznaje im przynajmniej margines podmiotowości, który wyklucza uznanie ich za treść cyfrową.

5. Zastosowanie sztucznej inteligencji w usługach zdrowotnych

Art. 3 ust. 1 pkt 7 u.p.k. wyłącza spod stosowania tejże ustawy umowy „dotyczące usług zdrowotnych świadczonych przez pracowników służby zdrowia pacjentom w celu oceny, utrzymania lub poprawy ich stanu zdrowia, łącznie z przepisywaniem, wydawaniem i udostępnianiem produktów leczniczych oraz bez względu na to, czy są one oferowane za pośrednictwem placówek opieki zdrowotnej”. Z kolei art. 2 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej²³ rozumie pod pojęciem podmiotu wykonującego działalność leczniczą podmioty wymienione w art. 4 tejże ustawy w zakresie, w jakim wykonują działalność dającą zakwalifikować się jako działalność leczniczą, między innymi samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, instytuty badawcze, o których mowa w art. 3 ustawy o instytutach badawczych²⁴, „fundacje i stowarzyszenia, których celem statutowym jest wykonywanie zadań w zakresie ochrony zdrowia i których statut dopuszcza prowadzenie działalności leczniczej” (art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.z.l.) czy jednostki wojskowe oraz „lekarza lub pielęgniarkę wykonujący zawód w ramach praktyki zawodowej w formach określonych w art. 5 u.d.z.l.” (art. 2 ust. 1 pkt 5 u.d.z.l.). W świetle powyższych regulacji, art. 5 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty²⁵ – określającego warunki dopuszczenia do wykonywania zawodu lekarza i lekarza dentysty, artykułów: 7, 24 i 25 ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej²⁶ – określających wymagania, które muszą spełniać

²² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 304 z 22.11.2011), s. 64–88.

²³ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 160); dalej jako: u.d.z.l.

²⁴ Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 1158, 1452, 2201).

²⁵ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 125, 767, 2371).

²⁶ Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 123).

osoby chcące uzyskać prawo do wykonywania zawodu pielęgniarki i położnej, czy też art. 2b ustawy o izbach aptekarskich²⁷ – określającego warunki wykonywania zawodu farmaceuty oraz Rezolucji należy przyjąć, że ze względu na regulacje zawarte w u.d.z.l. nie będzie możliwe uznanie za podmiot wykonujący działalność leczniczą nawet najbardziej rozwiniętego robota posiadającego sztuczną inteligencję, a wyłączenie spod u.p.k. dotyczące szeroko pojętych usług medycznych, zawarte w art. 3 ust. 1 pkt 7 u.p.k., nie będzie obowiązywało. Ponadto konsekwentne stosowanie przez ustawodawcę europejskiego pojęcia konsumenta w Rezolucji sugeruje, że w przypadku usług medycznych świadczonych osobie fizycznej przez robota wyposażonego w sztuczną inteligencję i status osoby elektronicznej – gdyż w przypadku jego braku takie urządzenie będzie można zakwalifikować jako chociażby sprzęt medyczny – będziemy mieli automatycznie do czynienia z konsumenckim stosunkiem prawnym.

6. Zastosowanie sztucznej inteligencji w usługach o charakterze socjalnym

Art. 3 ust. 1 pkt 1 u.p.k. wyłącza spod jej właściwości przedmiotowej umowy dotyczące „usług socjalnych, mieszkań socjalnych, opieki nad dziećmi, wsparcia dla rodzin i osób znajdujących się stale lub czasowo w potrzebie, w tym opieki długoterminowej”. Natomiast art. 116 ustawy o pomocy społecznej²⁸ stanowi, że pracownikiem socjalnym może być osoba spełniająca co najmniej jeden z trzech warunków, wymienionych w tym artykule. Stanowi to kolejny przykład, że jedynie przyznanie robotom wyposażonym w sztuczną inteligencję statusu osoby elektronicznej, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że status ten konstytuowałby przynajmniej minimalną osobowość w prawie, pozwoliłby na utrzymanie wyłączenia spod zastosowania u.p.k. umów dotyczących usług o charakterze socjalnym, również tych wykonywanych przez roboty.

Inną kwestią jest świadczenie przez roboty wyposażone w sztuczną inteligencję nawet tych samych czynności, tylko już niemających charakteru socjalnego, ponieważ – zgodnie z art. 2 ust. 1 u.p.s. – „pomoc społeczna polega na umożliwieniu osobom i rodzinom przezwycięzenie trudnych sytuacji życiowych, których nie są w stanie pokonać samodzielnie”. Wydaje się, że w takich sytuacjach właściwą formą regulacji są umowy cywilnoprawne, chociażby umowa najmu czy *leasing* zawierany z np. właścicielem robota – ale z zastrzeżeniem, że dany robot nie posiadałby zbyt szerokiej osobowości w prawie i zbyt rozwiniętej sztucznej inteligencji, która sprawiałaby, że byłby traktowany przedmiotowo, z uwzględnieniem jego możliwości percepcyjnych czy poznawczych. Wtedy też można byłoby utrzymać pojęcie konsumenta jako pojęcie definiujące najemcę czy leasingobiorcę, pod warunkiem, że spełniałby on warunki przewidziane w art. 22¹ k.c.

Gdyby jednak przyjąć, że status osoby elektronicznej przyznawałby szeroki zakres osobowości w prawie albo przyjmując, że przedmiotem tej osobowości byłby robot wyposażony w sztuczną inteligencję, której możliwości poznawcze byłyby bliskie ludzkim, można byłoby uznać, że umowę o świadczenie konkretnych usług należałoby zawrzeć z samym robotem.

²⁷ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 65).

²⁸ Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 1769, 1985); dalej jako: u.p.s.

7. Zastosowanie sztucznej inteligencji w transporcie

Art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.k. wyłącza, co do zasady, umowy dotyczące przewozu osób. Jednak przyjmuje się, że pojęcie przewozu rozumie się w tym przypadku ściśle, co oznacza, że wyłączenie to nie obejmuje umów najmu czy też przewozu towarów²⁹. W takim przypadku za umowę przewozu osób, która nie podlega reżimowi u.p.k., należałoby uznać przewóz osób wykonywany przez robota wyposażonego w sztuczną inteligencję w miejscu kierowcy-osoby fizycznej, ale już najbardziej obiecujące zastosowanie sztucznej inteligencji w transporcie, czyli pojazdy autonomiczne – wykorzystywane zarówno do przewozu osób, jak i towarów – należałoby zakwalifikować, w świetle obecnych regulacji, jako najem. Wówczas zawarcie umowy najmu takiego pojazdu nie wykluczałoby ochrony konsumenckiej (tzw. najem konsumencki), jednak pod warunkiem, że najemca spełniałby przesłanki uznania go za konsumenta, w myśl art. 22¹ k.c.

Z kolei w przypadku kolejnego obiecującego zastosowania sztucznej inteligencji w transporcie, a mianowicie dronów, w przypadku polskiej przestrzeni powietrznej – poza wspomnianymi już przepisami dotyczącymi umowy przewozu *per se* – należy również pamiętać o regulacjach zawartych w ustawie – Prawo lotnicze³⁰. Art. 126 pr.lot. dopuszcza wykonywanie lotów w polskiej przestrzeni powietrznej przez bezałogowe statki powietrzne, które rozumiane są zgodnie z definicją przyjętą na 35. sesji zgromadzenia ICAO jako „statek powietrzny, który wykonuje lot bez pilota na pokładzie i jest on albo zdanie sterowany i w pełni kontrolowany przez pilota z innego miejsca (...) albo jest to statek powietrzny zaprogramowany i w pełni autonomiczny”³¹. Należy zatem uznać, że istnieje podstawa funkcjonowania w polskiej przestrzeni powietrznej dronów wyposażonych w sztuczną inteligencję oraz sposobów postępowania z nimi³².

8. Podsumowanie

Powyższe przykłady wskazują na to, jak dużym wyzwaniem dla prawodawców jest próba unormowania funkcjonowania sztucznej inteligencji, którą – ze względu na jej rosnące znaczenie w gospodarce – należałoby uznać za niezbędną.

Samo użycie przez prawodawcę europejskiego pojęcia konsumenta w Rezolucji determinuje relację prawną w stosunkach z robotami posiadającymi sztuczną inteligencję. Z jednej strony jest to naturalne, ponieważ prawodawstwo unijne przyznaje szeroką ochronę właśnie konsumentom. Z drugiej strony powyższe przykłady, chociażby zastosowanie sztucznej inteligencji w medycynie, wskazują na użycie pojęcia konsumenta niekoniecznie zawsze uzasadnione interesem osoby korzystającej z czynności wykonywanych przez robota posiadającego sztuczną inteligencję.

²⁹ D. Lubasz, *op.cit.*, s. 77.

³⁰ Art. 126 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 959, 1089); dalej jako: pr.lot.

³¹ W. Dzieńkiewicz [w:] *Prawo lotnicze. Komentarz*, red. M. Żylicz, Warszawa 2016, s. 457.

³² Art 126a pr.lot.

Ponadto kluczowym zagadnieniem jest rozwiązanie problemu podmiotowości prawnej robota posiadającego sztuczną inteligencję i statusu osoby elektronicznej. Wydaje się, że niekorzystnym rozwiązaniem, z punktu widzenia całego systemu prawnego i jego aksjologii, byłoby uznanie statusu osoby elektronicznej za zbieżny czy podobny do osoby fizycznej, chociażby poprzez nabycie zdolności prawnej w momencie urodzenia, czy w przypadku robotów – ich powstania (co również jest kwestią dyskusyjną, kiedy można byłoby uznać robota za powstałego – czy w momencie zakończenia produkcji, czy na przykład dopiero w momencie ostatecznego zaprogramowania i wyposażenia go w podstawowe zasady etyczne – co również postuluje Parlament Europejski w Rezolucji³³).

Status osoby elektronicznej można byłoby natomiast uznać za częściowo zbieżny z osobowością prawną, czyli – zgodnie z art. 33 k.c. – za podmiot, który posiada zdolność prawną tylko wówczas, gdy jest ona mu przyznana przez prawo. Umożliwiłoby to ponadto nadawanie statusu osoby elektronicznej tylko tym robotom, którym jest to niezbędne i w taki sposób, aby móc wyważyć interes rozwoju gospodarczego, coraz częściej bazującego na sztucznej inteligencji, z chociażby polityką zatrudnienia, polityką podatkową czy interesem konsumentów.

Taką konstrukcję zdolności prawnej można byłoby połączyć z przyznaniem osobom elektronicznym ograniczonej zdolności do czynności prawnych. To rozwiązanie umożliwiłoby kontrolę ludzi nad robotami, co jest szczególnie ważne w kontekście tego, czym inteligencja w istocie jest – umiejętnością uczenia się i ciągłego rozwoju, i wszystkim, co jest z tym związane, czyli osiąganiem coraz większego stopnia niezależności intelektualnej – a jednocześnie nie zatrzymałoby rozwoju sztucznej inteligencji, który jest już nieraz konieczny dla rozwoju gospodarczego w ogóle, i który jest niewątpliwie korzystny w wielu aspektach swoich zastosowań.

Ponadto należałoby re-definiować pojęcie inteligencji w kontekście sztucznej inteligencji – powyższe przykłady wykazały, że rozumienie tego pojęcia w taki sposób, w jaki jest ono interpretowane odnośnie ludzi, jest niekorzystne z punktu widzenia bezpieczeństwa (nie należy zapominać o rosnącym wykorzystaniu sztucznej inteligencji w działaniach zbrojnych, przez co stają się one tańsze i bardziej opłacalne) i utrzymaniem kontroli nad robotami, co obecnie wydaje się być kwestią kluczową.

* * *

Legal Capacity of an Electronic Person and the Development of Artificial Intelligence in Selected Areas of Consumer Law

On 16th February 2017 the European Parliament adopted Resolution no. 2015/2103 (INL) on Civic Law Rules on Robotics, which is the first attempt to regulate artificial intelligence. The European Parliament used there two key words, which indicate the manner of contemporary thinking about regulation of artificial intelligence or – more specific – robotics. The first

³³ Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2015/2103(INL) z 16.02.2017 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki, załącznik do Rezolucji: Zalecenia dotyczące treści postulowanego wniosku.

keyword is electric personality, the second one is consumer. Electronic personality should be treated there as an attempt of creation – at least basic – another type of legal capacity or personality, while the use of the word „consumer” implies the consumeristic character of the legal relationship between machine or robot and its user.

As a key question, however, should be treated the issue of consequences of implementation or lack of implementation of the concept of electronic personality in relation to the consumer law, in particular areas of artificial intelligence application.

Key words: artificial intelligence, consumer law, consumer, legal capacity

Dominika Sekulska¹, Piotr Sekulski²

Alternatywne spółki inwestycyjne i ich zarządzający jako nowa forma regulowanej działalności inwestycyjnej w Polsce

Streszczenie:

Nowelizacja ustawy o funduszach inwestycyjnych z 2016 r. miała na celu implementację unijnej dyrektywy w sprawie zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi. Nowelizacja ta przyniosła znaczne zmiany dla polskiego rynku kapitałowego, a w szczególności rynku funduszy inwestycyjnych. W konsekwencji implementacji do polskiego porządku prawnego przepisów dyrektywy w sprawie zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi zamknięty został katalog dopuszczalnych form prawnych prowadzenia działalności inwestycyjnej w formie przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania. Najistotniejszym elementem nowelizacji było objęcie zakresem obowiązywania ustawy o funduszach inwestycyjnych nowej grupy podmiotów – tzw. alternatywnych spółek inwestycyjnych. Do grupy alternatywnych spółek inwestycyjnych zalicza się między innymi cieszące się coraz większą popularnością wśród polskich inwestorów fundusze *venture capital* i *private equity*. Dla podmiotów prowadzących działalność inwestycyjną, kwalifikowaną obecnie jako działalność alternatywnych spółek inwestycyjnych i ich zarządzających, nowelizacja ta oznaczała konieczność dostosowania swojej dotychczasowej działalności do przepisów znowelizowanej ustawy o funduszach inwestycyjnych.

Słowa kluczowe: fundusze inwestycyjne, rynek kapitałowy, alternatywne spółki inwestycyjne

1. Wstęp

Rynek funduszy inwestycyjnych w Polsce miał swoje powolne początki już w 1991 r. wraz z wprowadzeniem do ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi

¹ Autorka jest doktorantką na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Autor jest doktorantem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

i funduszach powierniczych³ instytucji funduszu powierniczego, a następnie rozwinął się skutek uchwalenia kompleksowej ustawy o funduszach inwestycyjnych⁴ w 1997 r. Jednakże to wejście Polski do Unii Europejskiej w roku 2004 i konieczność dostosowania rodzimych przepisów do wspólnotowych regulacji w największym stopniu wpłynęły na kształt i sposób funkcjonowania tego rynku. Wówczas to uchwalona została kompleksowa ustawa o funduszach inwestycyjnych⁵, wielokrotnie nowelizowana, lecz obowiązująca do dnia dzisiejszego.

Rok 2016 przyniósł długo wyczekiwaną nowelizację ustawy o funduszach inwestycyjnych – ze względu na szeroki zakres wprowadzonych nowelizacji zmian, spowodowała ona zamieszanie na rodzimym rynku funduszy inwestycyjnych. Nowelizacja ta wynikała z obowiązku implementacji do polskiego porządku prawnego unijnych regulacji, a w szczególności tzw. dyrektywy ZAFI, a więc dyrektywy o zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi⁶. Warto zaznaczyć, że Dyrektywa ZAFI stanowi pierwszą regulację na poziomie UE dotyczącą działalności funduszy inwestycyjnych typu zamkniętego. Fundusze tego typu funkcjonowały już wcześniej w krajach członkowskich Unii Europejskiej, jednakże regulacje ich dotyczące nie musiały być dostosowane do prawa unijnego. Zmieniło się to właśnie wraz z wejściem w życie dyrektywy ZAFI.

Znowelizowana ustawa o funduszach inwestycyjnych, nazywająca się od 4 czerwca 2016 r. ustawą o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi⁷, w sposób kompleksowy reglamentuje działalność polegającą na zbieraniu środków w celu ich wspólnego inwestowania, a więc działalność instytucji (przedsiębiorstw) zbiorowego inwestowania. Nowelizacja ustawy o funduszach z 2016 r. przyniosła liczne zmiany dla podmiotów polskiego rynku funduszy inwestycyjnych. Warto jednak zaznaczyć, że prawdziwą rewolucję nowelizacja ta spowodowała w funkcjonowaniu podmiotów innych niż fundusze inwestycyjne w rozumieniu ustawy o funduszach, określanych jako instytucje zbiorowego inwestowania⁸. Do grupy tej należą przede wszystkim cieszące się coraz większą popularnością tzw. fundusze *venture capital* (fundusze wysokiego ryzyka) czy też fundusze *private equity*⁹, działające

³ Ustawa z dnia 22 marca 1991 r. – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych (Dz.U. z 1991, Nr 35, poz. 155).

⁴ Ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. z 1997, Nr 139, poz. 933).

⁵ Pierwotny tekst: ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. z 2004, Nr 146, poz. 1546).

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/61/UE z dnia 8 czerwca 2011 r. w sprawie zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi i zmiany dyrektyw 2003/41/WE i 2009/65/WE oraz rozporządzeń (WE) nr 1060/2009 i (UE) nr 1095/2010 (Dz. Urz. UE L 174 z 01.07.2011, s. 1); dalej jako: dyrektywa ZAFI.

⁷ Ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (Dz.U. z 2018, poz. 1355 ze zm.); dalej jako: ustawa o funduszach.

⁸ J. Kmiec, *Komentarz do art. 1 ustawy o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi* [w:] *Komentarz do ustawy o funduszach inwestycyjnych*, red. A. Kidyba, t. I, Warszawa 2018, s. 31 i nast.

⁹ Więcej na temat finansowania *venture capital* i *private equity*: W. Przybylska-Kapuścińska, M. Mozałewski, *Kapitał Wysokiego Ryzyka*, Warszawa 2011, s. 40–66.

w formie polskich spółek prawa handlowego. Do momentu omawianej nowelizacji ustawy o funduszach podmioty te funkcjonowały w przeważającej mierze wyłącznie w oparciu o stosowne normy prawa handlowego – brak było natomiast regulacji z zakresu rynku kapitałowego odnoszących się do szczegółowych zasad ich funkcjonowania, w tym zasad prowadzenia przez nie działalności inwestycyjnej.

W niniejszym artykule przedstawione zostaną najistotniejsze aspekty dotyczące funkcjonowania alternatywnych spółek inwestycyjnych (dalej jako: ASI) i zarządzających ASI, jako nowego rodzaju podmiotów reglamentowanych na polskim rynku kapitałowym.

2. Alternatywne fundusze inwestycyjne

Implementacja do polskiego porządku prawnego dyrektywy ZAFI, nieunikniona i wyczekiwana ze względu na pożądaną stabilność na wspólnotowych rynkach finansowych, oznaczała spore wyzwanie dla polskiego ustawodawcy. Kwestią podstawową, budzącą jednocześnie znaczne zainteresowanie ze strony uczestników rynku kapitałowego, było ustalenie kręgów podmiotów, które uznane zostaną za **alternatywne fundusze inwestycyjne** (dalej jako: AFI) i ich zarządzających. Na gruncie polskich regulacji nie ulegało wątpliwości, że część funduszy inwestycyjnych funkcjonujących już wcześniej na podstawie ustawy o funduszach zostanie wskutek implementacji dyrektywy ZAFI uznana za AFI – jednocześnie wiadomym było, że definicja AFI zawarta w dyrektywie ZAFI jest na tyle szeroka, że obejmuje ona również podmioty inne niż regulowane fundusze inwestycyjne. Warto podkreślić, że dyrektywa ZAFI nie reguluje działalności samych AFI (wynika to z motywu 10 preambuły dyrektywy ZAFI), pozostawiając tę kwestię regulacji krajowych ustawodawców. Niemniej zawiera ona ogólną definicję AFI, która to stanowiła najistotniejszy punkt odniesienia dla polskiego ustawodawcy przy ustalaniu katalogu podmiotów, które w świetle prawa polskiego miały zostać zaklasyfikowane jako AFI i ich zarządzających. Co więcej, już w samej dyrektywie ZAFI używa się określenia „**przedsiębiorstwo zbiorowego inwestowania**” w stosunku do AFI, wskazując tym samym, że jej zakresem objęte są nie tylko regulowane w konkretnych porządkach prawnych fundusze inwestycyjne, ale także inne podmioty, które ze względu na wykonywanie działalności określonej dla AFI są traktowane jako AFI.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. a i b dyrektywy ZAFI, za zarządzających AFI rozumie się osoby prawne, których stała działalność polega na zarządzaniu jednym lub większą liczbą AFI, podczas gdy same AFI to przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania, w tym subfundusze takich przedsiębiorstw, które pozyskują kapitał od wielu inwestorów z myślą o inwestowaniu go zgodnie z określoną polityką inwestycyjną z korzyścią dla tych inwestorów oraz nie potrzebując zezwolenia na mocy art. 5 dyrektywy UCITS¹⁰. Szeroka definicja AFI, wynikająca z art. 4 ust. 1 lit. a dyrektywy ZAFI, została wiernie

¹⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/91/UE z dnia 23 lipca 2014 r. zmieniająca dyrektywę 2009/65/WE w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS) w zakresie funkcji depozytariusza, polityki wynagrodzeń oraz sankcji 2010 (Dz. Urz. UE L 257/186 z 28.08.2014 r.); dalej jako: dyrektywa UCITS.

odzwierciedlona w art. 2 pkt 10a ustawy o funduszach. Zgodnie z art. 5 ust. 1 dyrektywy ZAFI, zarządzający AFI może działać jako zewnętrznie zarządzający (będący osobą prawną mianowaną przez AFI lub w imieniu AFI) albo jako wewnętrznie zarządzający AFI, a więc być podmiotem tożsamym z AFI. Wewnętrzne zarządzanie możliwe jest wyłącznie wówczas, gdy pozwala na to forma prawna AFI – w takiej sytuacji to sam AFI podlega licencjonowaniu jako zarządzający AFI.

Definicje AFI oraz zarządzającego AFI zostały w dyrektywie ZAFI ukształtowane w sposób bardzo szeroki. Z jednej strony umożliwiło to ustawodawcom poszczególnych krajów członkowskich UE dostosowanie katalogu form prawnych, w ramach których AFI i zarządzający AFI prowadzić mogą działalność, do poszczególnych porządków prawnych. Należy jednak zwrócić uwagę, że tak szerokie zdefiniowanie AFI przysparza wielu kłopotów dotyczących jednoznacznego określenia, czy dana działalność kwalifikowana powinna być jako działalność AFI.

Przed wyznawaniem określenia katalogu dopuszczalnych form działalności AFI stanął również polski ustawodawca. Nie podjął się on utworzenia zupełnie nowych form prawnych umożliwiających prowadzenie działalności jako AFI i ich zarządzający. Ustawodawca objął nią natomiast wyłącznie podmiotowo zidentyfikowane i występujące do tej pory formy prowadzenia działalności inwestycyjnej na rynku krajowym (innej niż regulowana działalność inwestycyjna prowadzona np. przez fundusze inwestycyjne), wprowadzając jednakże dla części z nich pewne obostrzenia.

Wskutek nowelizacji ustawy o funduszach od 4 czerwca 2016 r. na polskim rynku funduszy inwestycyjnych funkcjonuje nowy podział funduszy inwestycyjnych, określony w art. 3 ust. 4 ustawy o funduszach. Katalog ten obejmuje z jednej strony fundusze inwestycyjne otwarte (dalej jako: FIO), z drugiej zaś alternatywne fundusze inwestycyjne, do których należą specjalistyczne fundusze inwestycyjne otwarte (dalej jako: SFIO) oraz fundusze inwestycyjne zamknięte (dalej jako: FIZ). Podział ten odzwierciedla funkcjonujący w świetle prawa unijnego podział na **fundusze UCITS – compliant** i **fundusze AIFM – compliant**, a więc fundusze (inwestycyjne) funkcjonujące zgodnie z dyrektywą UCITS oraz fundusze (inwestycyjne) działające na podstawie dyrektywy ZAFI. W tym miejscu wyraźnego podkreślenia wymaga jednak to, że wszystkie wskazane powyżej typy funduszy inwestycyjnych – a więc FIO, SFIO i FIZ – funkcjonowały już wcześniej na polskim rynku. Między poszczególnymi rodzajami funduszy inwestycyjnych istnieje wiele różnic dotyczących przede wszystkim rodzaju tytułów uczestnictwa w funduszu, ich płynności oraz możliwości „wejścia” do funduszu¹¹. Dla SFIO i FIZ ich zewnętrznie zarządzającymi AFI są towarzystwa funduszy inwestycyjnych (dalej jako: towarzystwo), będące – zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o funduszach – podmiotem tworzącym i zarządzającym funduszem, a także reprezentującym go w stosunkach z osobami trzecimi.

Jednakże – wskutek implementacji dyrektywy ZAFI – za AFI, w świetle ustawy o funduszach (art. 8a ust. 1) uznana została również zupełnie nowa kategoria podmiotów regulowanych, określona jako alternatywne spółki inwestycyjne (ASI).

¹¹ Więcej na temat różnic pomiędzy poszczególnymi rodzajami funduszy inwestycyjnych: A. Chłopecki, M. Dyl, *Prawo rynku kapitałowego*, Warszawa 2015, s. 162–165.

Zasygnalizowana w zastosowanym nazewnictwie *alternatywność* ASI i innych rodzajów AFI dotyczy przede wszystkim zamkniętego charakteru działalności AFI, odróżniającego AFI od funduszy typu otwartego (funduszy UCITS – *compliant*). Zamkniętość ta polega m.in. na ograniczeniu możliwości dokonywania przez osoby fizyczne (a więc inwestorów nieinstytucjonalnych) inwestycji za pośrednictwem ASI i innych podmiotów kwalifikowanych jako AFI.

Objęcie zakresem stosowania ustawy o funduszach alternatywnych spółek inwestycyjnych stanowi najistotniejszy z punktu widzenia funkcjonowania polskiego rynku kapitałowego element nowelizacji ustawy o funduszach z roku 2016. Podmioty inne niż fundusze inwestycyjne, prowadzące działalność inwestycyjną tożsamą z działalnością AFI określoną w dyrektywie ZAFI oraz w znowelizowanej ustawie o funduszach, funkcjonowały już bowiem na polskim rynku kapitałowym przed 4 czerwca 2016 r., jednakże wyłącznie w oparciu o przepisy prawa handlowego. Doraźnym skutkiem prawnym zdefiniowania w ustawie o funduszach ASI, zarządzających ASI oraz ich działalności, a także określenia, że działalność inwestycyjna odpowiadająca działalności ASI może być wykonywana wyłącznie w formach wskazanych w ustawie o funduszach, była konieczność dostosowania swojej działalności – w tym regulacji wewnętrznych – do nowych wymogów.

3. Alternatywne spółki inwestycyjne i ich zarządzający – dopuszczalne formy prawne prowadzenia działalności

Zgodnie z art. 8a ust. 1 **ASI jest alternatywnym funduszem inwestycyjnym**, innym niż określony w art. 3 ust. 4 pkt 2 (a więc AFI innym niż FIZ i SFIO). Wyraźnie zaznaczyć należy więc, że ASI nie jest funduszem inwestycyjnym tworzonym i zarządzanym przez towarzystwo. W praktyce oznacza to znacznie mniejszy formalizm związany z ich działalnością – ustawowe wymogi w zakresie działalności funduszy inwestycyjnych i towarzystw funduszy inwestycyjnych (podmiotów tworzących i zarządzających funduszami inwestycyjnymi) są istotnie obszerniejsze i bardziej wymagające niż regulacje w zakresie ASI i zarządzających ASI.

Wyłącznie dopuszczalne prawnie formy, w ramach których działalność prowadzić mogą odpowiednio ASI i zarządzający ASI, uregulowane zostały w art. 8a ust. 2 i art. 8b ust. 2 ustawy o funduszach. I tak alternatywnymi spółkami inwestycyjnymi mogą być spółki kapitałowe (spółka akcyjna, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością), w tym spółki europejskie, jak również spółki osobowe, takie jak spółki komandytowe lub komandytowo-akcyjne. W przypadku ASI będących spółkami osobowymi istnieje jednakże dodatkowy wymóg, by ich jednym komplementariuszem była spółka kapitałowa, w tym spółka europejska – będąca zewnętrznym zarządzającym ASI. Sam zarządzający ASI jest natomiast, zgodnie z art. 8b ust. 2 ustawy o funduszach, zawsze spółką kapitałową.

W przypadku ASI będących spółkami kapitałowymi mamy do czynienia z wewnętrznym zarządzaniem ASI, a więc sytuacją, gdy jeden podmiot jest jednocześnie ASI i jej zarządzającym (zarządzającym ASI zgodnie z art. 8b ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 8a ust. 2 pkt 1 ustawy o funduszach). Spółka kapitałowa, prowadząca w tym przypadku działalność inwestycyjną jako ASI, jest bowiem zarządzana wewnątrznie przez własne organy.

Natomiast w przypadku spółek komandytowych i komandytowo-akcyjnych działających jako ASI mamy do czynienia z zewnętrznymi zarządzanymi ASI. Spółki te zarządzane są przez działających w formie spółek kapitałowych, w tym spółek europejskich (art. 8b ust. 2 pkt 2 ustawy o funduszach) zewnętrznymi zarządzającymi ASI. Co istotne, to właśnie zewnętrznymi zarządzającymi ASI ma być, zgodnie z ustawą o funduszach, jedynym komplementariuszem takiej ASI. W przypadku zewnętrznego zarządzania ASI mamy więc do czynienia z wyraźnym rozdzieleniem roli samej ASI i roli zarządzającego ASI. Dotychczasowa praktyka rynkowa w zakresie działalności ASI i ich zarządzających wskazuje, że to właśnie model zewnętrznego zarządzania ASI jest popularniejszym rozwiązaniem. Wynikać może to z wielu czynników, przy czym możliwość jednoczesnego zarządzania wieloma ASI przez jednego zarządzającego, a tym samym możliwość elastycznego podejścia do inwestycji dokonywanych przez zarządzane przez danego zarządzającego ASI spółki, są z pewnością istotnymi czynnikami wpływającymi na decyzję osób pragnących rozpocząć działalność w ramach ASI (i zarządzającego ASI).

4. Alternatywne spółki inwestycyjne i ich zarządzający – dopuszczalny przedmiot działalności

Najistotniejszym elementem pozwalającym na zrozumienie charakterystyki ASI i ich zarządzających jest przedstawienie dopuszczalnego przedmiotu działalności tych podmiotów. W świetle przepisów ustawy o funduszach to bowiem przedmiot działalności podmiotu, a nie jego forma prawna, przesądza o możliwości kwalifikacji danego podmiotu jako ASI i zarządzającego ASI. Definicje przedmiotu działalności ASI i zarządzającego zostały sporządzone na zasadzie wyłączności: zarówno podmiotowej, jak i przedmiotowej. Działalność ASI oraz zarządzającego ASI może być wykonywana wyłącznie w formach prawnych wskazanych w ustawie o funduszach, a także nie może być łączona z jakąkolwiek inną działalnością. Warto mieć jednak na uwadze, że dopuszczalna forma prawna ASI jest wyłącznie kwestią wtórną – podmioty, które wykonują działalność odpowiadającą działalności ASI (a więc gromadzą kapitał od wielu inwestorów w celu inwestowania go w interesie tych inwestorów, zgodnie z określoną polityką inwestycyjną), zawsze muszą dostosować się do wymogów ustawy o funduszach, w tym wymogów w zakresie dopuszczalnej formy prawnej. Prowadzenie działalności inwestycyjnej w formie prawnej innej niż przewidziana w ustawie o funduszach nie oznacza, że podmiot taki nie jest ASI i nie podlega nadzorowi ze strony KNF, a wyłącznie, iż prowadzi on swoją działalność w sprzeczności z przepisami ustawy o funduszach. Rozwiązanie to wynika z dyrektywy ZAFI – intencją unijnego ustawodawcy było objęcie zakresem dyrektywy ZAFI, a w konsekwencji również implementujących ją przepisów państw członkowskich UE, wszystkich form zbiorowego inwestowania (nieobjętych zakresem dyrektywy UCITS).

Zgodnie z art. 8a ust. 3 ustawy o funduszach, przedmiot działalności ASI stanowi wyłącznie **zbieranie aktywów od wielu inwestorów w celu ich lokowania w interesie tych inwestorów zgodnie z określoną polityką inwestycyjną**. Natomiast, zgodnie z art. 70e ustawy o funduszach, przedmiotem działalności zarządzającego ASI może być wyłącznie zarządzanie alternatywną spółką inwestycyjną, w tym wprowadzanie

tej spółki do obrotu, oraz zarządzanie unijnym AFI, w tym wprowadzanie tych AFI do obrotu.

Pomimo iż w świetle dyrektywy ZAFI oraz implementującej jej przepisy ustawy o funduszach to zarządzający ASI są podmiotami regulowanymi (licencjonowanymi i nadzorowanymi przez odpowiednie organy nadzoru), to w pierwszej kolejności warto skupić się na analizie charakterystyki działalności samych ASI. Nie można bowiem mówić o zarządzaniu ASI, gdy podmiot zarządzany nie wykonuje działalności kwalifikowanej jako ASI.

Definicja przedmiotu działalności ASI z art. 8a ust. 3 ustawy o funduszach, odzwierciedlająca definicję AFI z dyrektywy ZAFI, może przysparzać wielu problemów, wynikających w szczególności z jej znacznego stopnia ogólności. Każdy z elementów tej definicji, a więc zbieranie aktywów, wielość inwestorów, lokowanie aktywów w interesie tych inwestorów, działalność zgodnie z określoną polityką inwestycyjną, a także wymóg wyłączności tego przedmiotu działalności, jest szerokim zagadnieniem, wymagającym szczegółowej analizy. W praktyce oznacza to problemy z ustaleniem, czy działalność danego podmiotu kwalifikowana powinna być jako działalność ASI w świetle ustawy o funduszach, a w konsekwencji, czy podmiot wykonujący taką działalność powinien być licencjonowany i następnie nadzorowany.

Ze względu na ograniczony charakter niniejszego opracowania nie ma możliwości szczegółowego omówienia wszystkich elementów składowych definicji ASI i ich przedmiotu działalności. Niemniej warto zwrócić uwagę na najbardziej problematyczne aspekty z tym związane. Warto mieć na uwadze fakt, iż w Wytycznych w sprawie kluczowych koncepcji ZAFI (ESMA/2013/611; dalej jako: wytyczne ESMA)¹², opublikowanych przez Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych, zawarte zostały wytyczne w zakresie poszczególnych elementów definiowania działalności AFI. Wytyczne te mogą więc być przydatne przy badaniu zasadności kwalifikacji działalności danego podmiotu jako ASI w świetle ustawy o funduszach – odnoszą się one bowiem m.in. do pozyskiwania kapitału czy wielości inwestorów.

Zgodnie z wytycznymi ESMA ASI (jako AFI) nie może wykazywać ogólnego celu handlowego lub przemysłowego. Oznacza to, że ASI nie może prowadzić działalności handlowej rozumianej jako kupno, sprzedaż i/ lub wymiana towarów i artykułów, a także polegającej na świadczeniu usług niefinansowych. Niedopuszczalna jest również działalność o charakterze przemysłowym, polegająca na produkcji towarów lub budowie nieruchomości.

W związku z brakiem katalogu dopuszczalnych lokat ASI w ustawie o funduszach, spółki te mogą teoretycznie inwestować w każdego rodzaju aktywa. Ze względu jednak na powyższą interpretację wynikającą z wytycznych ESMA, problemów przysparzać może m.in. dokonywanie przez ASI inwestycji w nieruchomości (np. nabycie nieruchomości w celu generowania zysku z pobieranych czynszów). Wątpliwości nie powinno budzić natomiast, że działalność deweloperska nie powinna być kwalifikowana jako działalność ASI – nie wykazuje ona bowiem charakteru typowo inwestycyjnego. Pogląd taki znajduje odzwierciedlenie w projekcie ustawy o firmach inwestujących w najem nieruchomości z dnia 25 kwietnia 2018 r. – w art. 23 tego projektu przewidziano bowiem

¹² https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/esma_2013_00600000_pl_tra.pdf, 20.02.2019.

dodanie do art. 1a ust. 2 ustawy o funduszach punktu 15 stanowiącego, że działalność firm inwestujących w najem nieruchomości i spółek zależnych nie stanowi działalności zarządzania AFI (a więc również zarządzania ASI).

W kontekście kwalifikacji działalności danego podmiotu jako zarządzającego ASI warto zwrócić uwagę również na wyłączenie przewidziane w art. 1a ust. 2 pkt 8 ustawy o funduszach, zgodnie z którym działalność spółek holdingowych nie stanowi działalności zarządzania AFI. Ze względu na bardzo szeroki charakter definicji spółki holdingowej z art. 2 pkt 10d ustawy o funduszach wydaje się, że wiele podmiotów wykonujących działalność mogącą potencjalnie być działalnością ASI, może dokonać wewnętrznej (błędnej) kwalifikacji jako spółka holdingowa w świetle ustawy o funduszach.

W kontekście ustawowej definicji przedmiotu działalności ASI warto zwrócić również uwagę na możliwy krąg inwestorów tych podmiotów. Zgodnie z art. 8c ust. 1 i 2 ustawy o funduszach inwestorem ASI jest podmiot, który posiada prawa uczestnictwa tej spółki, podczas gdy jako prawa uczestnictwa ASI rozumie się odpowiednio udział w spółce lub akcję. Ustawa o funduszach przesądza również, że wkład do ASI w zamian za prawa uczestnictwa tej spółki może wnieść co do zasady wyłącznie podmiot spełniający kryteria klienta profesjonalnego, natomiast w przypadku zawiązywania spółki w drodze oferty publicznej wkład do ASI może wnieść także podmiot niespełniający kryteriów klienta profesjonalnego (art. 8c ust. 4 ustawy o funduszach). Za klienta profesjonalnego rozumie się co do zasady klienta instytucjonalnego (art. 2 ust. 13a ustawy o funduszach), cechującego się większą znajomością mechanizmów rynkowych, a tym samym mogącego realnie ocenić ryzyko związane z inwestycjami w ASI. W art. 70k ustawy o funduszach przewidziano jednakże możliwość uznania klienta detalicznego za klienta profesjonalnego. Uznanie to następuje na wniosek potencjalnego klienta detalicznego i dokonywane jest przez zarządzającego ASI w przypadku stwierdzenia, że podmiot ten posiada wiedzę i doświadczenie pozwalające na podejmowanie właściwych decyzji inwestycyjnych oraz właściwą ocenę ryzyka związanego z tymi decyzjami. Możliwość uznania klienta detalicznego za klienta profesjonalnego wydaje się być niezwykle istotna z punktu widzenia funkcjonowania ASI na rynku kapitałowym. Niejednokrotnie bowiem inwestorami cieszącymi się sporą popularnością funduszy *venture capital*, kwalifikowanych jako ASI, są często zamożne osoby fizyczne, szukające alternatywnych inwestycji posiadanego kapitału. Warto zaznaczyć, że brak jest wymogów w zakresie minimalnego zaangażowania kapitałowego danego inwestora ASI. Jest to istotna różnica w stosunku do innego rodzaju AFI, a więc niepublicznych funduszy inwestycyjnych zamkniętych – osoba fizyczna może nabyć certyfikaty inwestycyjne tych funduszy za kwotę nie mniejszą niż równowartość 40000 euro, co stanowi istotną barierę dla inwestorów mniej zamożnych.

Warto zwrócić również uwagę na charakterystykę działalności zarządzających ASI. Jest to o tyle istotne, że w świetle dyrektywy ZAFI i ustawy o funduszach to właśnie zarządzający ASI są podmiotami licencjonowanymi i nadzorowanymi przez odpowiednie organy nadzorcze. Zgodnie z art. 70e ustawy o funduszach, przedmiotem działalności zarządzającego ASI może być wyłącznie **zarządzanie alternatywną spółką inwestycyjną**, w tym wprowadzanie tej spółki do obrotu, oraz zarządzanie unijnym AFI, w tym wprowadzanie tych AFI do obrotu. Warto na marginesie zaznaczyć, że zarządzanie

unijnym AFI może być przedmiotem działalności wyłącznie zewnętrznie zarządzającego ASI, a także iż zewnętrznie zarządzający ASI może zarządzać jednocześnie więcej niż jedną alternatywną spółką inwestycyjną. Definicja zarządzania ASI zawarta w ustawie o funduszach jest również szeroka i w konsekwencji równie problematyczna co definicja przedmiotu działalności samej ASI. Załącznik I do dyrektywy ZAFI prezentuje jednak wytyczne w zakresie dopuszczalnej działalności zarządzających AFI. Określono tam minimalny zakres funkcji w zakresie zarządzania inwestycyjnego, które musi wykonywać zarządzający AFI (a więc również i zarządzający ASI w rozumieniu ustawy o funduszach). Do zakresu tego należy mianowicie zarządzanie portfelami inwestycyjnymi oraz zarządzanie ryzykiem spółki. Dodatkowo w załączniku tym wskazano inne dopuszczalne funkcje, jakie zarządzający AFI może wykonywać, mające jednakże charakter pomocniczy w stosunku do podstawowych elementów zarządzania ASI.

Ustawa o funduszach definiuje natomiast pojęcie „**wprowadzania ASI do obrotu**”, stanowiące element definicji dopuszczalnego przedmiotu działalności zarządzającego ASI. Zgodnie z art. 1a ust. 28a ustawy o funduszach rozumie się przez to proponowanie objęcia nowych lub podwyższenia wartości nominalnej istniejących udziałów, proponowanie objęcia akcji nowej emisji oraz sprzedaż akcji własnych oraz podejmowanie czynności związanych z przystąpieniem do spółki nowych komandytariuszy lub zwiększeniem wkładu dotychczasowych komandytariuszy.

5. Licencjonowanie działalności zarządzających ASI

Nowelizacja ustawy o funduszach z 2016 r. przyniosła znaczne zmiany dla całego rynku kapitałowego w Polsce. Zmiany te były jednak szczególnie wyraźne w przypadku podmiotów prowadzących jeszcze przed tą nowelizacją działalność inwestycyjną (odpowiadającą przedmiotowi obecnie uregulowanej w ustawie o funduszach działalności ASI i ich zarządzających) w formie innej niż fundusz inwestycyjny, a więc bez nadzoru odpowiedniego organu (w przypadku Polski organem nadzoru dla podmiotów funkcjonujących na podstawie ustawy o funduszach jest, zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 4 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym¹³, Komisja Nadzoru Finansowego; dalej jako: KNF). Przed nowelizacją podmioty te działały w oparciu o przepisy prawa powszechnie obowiązującego, w szczególności przepisy prawa handlowego – nie były jednak zmuszone do dostosowania się do żadnych szczegółowych przepisów regulujących ich działalność o charakterze inwestycyjnym, a także mogły tę działalność dowolnie łączyć z innymi rodzajami działalności. Implementacja dyrektywy ZAFI istotnie zmieniła ich sytuację. Co istotne, działalność zarządzających ASI od momentu wejścia w życie nowelizacji ustawy, a więc od 4 czerwca 2016 r., jest działalnością reglamentowaną i podlega nadzorowi KNF. Same alternatywne spółki inwestycyjne nie są objęte bezpośrednim nadzorem KNF, a wyłącznie w sposób pośredni, poprzez nadzór nad ich zarządzającymi.

Ustawa o funduszach przewiduje dwa reżimy nadzorcze w stosunku do zarządzających ASI jako podmiotów licencjonowanych i nadzorowanych przez KNF. Zgodnie z art. 70a ust. 1 i 2 ustawy o funduszach, zarządzającym ASI może być wyłącznie

¹³ Ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz.U. z 2018, poz. 621).

spółka kapitałowa, o której mowa w art. 8b ust. 2 ustawy o funduszach, z siedzibą na terytorium RP, która uzyskała zezwolenie KNF na wykonywanie działalności jako zarządzający ASI, natomiast w przypadku zarządzania portfelami inwestycyjnymi o niskiej wartości, spółka kapitałowa, o której mowa w art. 8b ust. 2 ustawy o funduszach, z siedzibą na terytorium RP może wykonywać działalność jako zarządzający ASI bez zezwolenia Komisji, po uzyskaniu wpisu do rejestru zarządzających ASI. Oznacza to, że zarządzający ASI (a nie sama alternatywna spółka inwestycyjna) musi uzyskać stosowne zezwolenie KNF lub też wpis do rejestru zarządzających ASI prowadzonego przez KNF, by móc rozpocząć swoją działalność inwestycyjną. Prowadzenie działalności inwestycyjnej, która kwalifikowana jest jako działalność zarządzającego ASI, bez zezwolenia KNF lub wpisu do rejestru zarządzających ASI, zagrożona jest grzywną do 10 000 000 zł i karą pozbawienia wolności do lat 5 (art. 287 ustawy o funduszach).

Możliwość wprowadzenia do polskiej ustawy o funduszach łagodniejszego reżimu w stosunku do zarządzających ASI zarządzających portfelami inwestycyjnymi o niskiej wartości wynika z art. 3 ust. 2 dyrektywy ZAFI. Warto jednak zauważyć, że zgodnie z dyrektywą ZAFI wprowadzenie łagodniejszego reżimu w zakresie licencjonowania zarządzających AFI jest dobrowolne. Polski ustawodawca zdecydował się jednak na taki dualizm w zakresie licencjonowania zarządzających ASI, wprowadzając możliwość działania na podstawie wpisu do rejestru zarządzających ASI.

Wpis do rejestru zarządzających ASI przysługuje, zgodnie z art. 70zc ust. 1 ustawy o funduszach, wyłącznie w sytuacji, gdy łączna wartość aktywów wchodzących w skład portfeli inwestycyjnych alternatywnych spółek inwestycyjnych, którymi zamierza zarządzać lub zarządza zarządzający ASI, nie przekracza – z uwzględnieniem art. 2 rozporządzenia 231/2013¹⁴ – wyrażonej w złotych równowartości kwoty 100 000 000 euro, a w przypadku gdy zarządzający ASI zarządza wyłącznie spółkami, które nie stosują dźwigni finansowej AFI i w których prawa uczestnictwa mogą być odkupione po co najmniej 5 latach od momentu ich nabycia – równowartości kwoty 500 000 000 euro.

Zarządzający ASI, działający na podstawie wpisu do rejestru zarządzających ASI, podlegają ograniczonemu reżimowi w stosunku do podmiotów działających na podstawie zezwolenia na prowadzenie działalności jako zarządzający ASI. Oprócz konieczności przejścia mniej wymagającego procesu licencjonowania, podmioty takie zobowiązane są do spełnienia mniej restrykcyjnych wymogów ustawowych w zakresie ich działalności¹⁵. Przykładowo ustawa o funduszach nie przewiduje wymogów kapitałowych wobec zarządzających ASI podlegających wpisowi czy też nie określa minimalnej liczby członków ich organów oraz ich wykształcenia i doświadczenia, podczas gdy zarządzający ASI, którzy ze względów na wartość zarządzanych aktywów muszą uzyskać stosowne

¹⁴ Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) nr 231/2013 z dnia 19 grudnia 2012 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/61/UE w odniesieniu do zwolnień, ogólnych warunków dotyczących prowadzenia działalności, depozytariuszy, dźwigni finansowej, przejrzystości i nadzoru (D. Urz. UE L 83z 22.03.2013), s. 1.

¹⁵ A. Nowak, *Komentarz do art. 70(b) ustawy o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi* [w:] *Komentarz do ustawy o funduszach inwestycyjnych*, red. A. Kidyba, t. I, Warszawa 2018, s. 863–864.

zezwoleń ASI, muszą dostosować się do tych warunków. Zarządzający ASI może być więc spółką z ograniczoną odpowiedzialnością o kapitale zakładowym w wysokości 5 000 złotych, w której nie funkcjonuje rada nadzorcza, a w skład zarządu wchodzi osoby niemające doświadczenia na rynkach finansowych. Tak ograniczone wymogi formalne dotyczące zarządzających ASI mogą budzić wątpliwości w kontekście zagwarantowania należytego poziomu świadczonych usług (zarządzania ASI) i ochrony inwestorów ASI.

Warto w tym miejscu zauważyć, że zgodnie z przepisami ustawy o funduszach (art. 70s ust. 1 i 70zc ust. 2) do złożenia wniosku o wpis do rejestru zarządzających ASI czy o wydanie zezwolenia na prowadzenie działalności jako zarządzający ASI uprawnione są wyłącznie spółki kapitałowe w organizacji (w przypadku zamiaru prowadzenia działalności jako wewnętrznie zarządzający ASI) oraz spółki kapitałowe, które mają być komplementariuszem ASI, zgodnie z jej umową albo statutem, przed zgłoszeniem tej spółki do sądu rejestrowego (w przypadku zamiaru prowadzenia działalności jako zewnętrznie zarządzający ASI). Oznacza to, że rozpocząć działalność jako wewnętrznie zarządzający ASI nie może spółka kapitałowa już istniejąca (wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS) – spółka taka nie zostanie wpisana do rejestru zarządzających ASI, nie otrzyma stosownego zezwolenia KNF. Zezwolenia KNF lub wpisu do rejestru zarządzających ASI nie otrzyma również spółka kapitałowa wskazująca zamiar zarządzania już istniejącą spółką komandytową lub komandytowo-akcyjną. Warto jednak zaznaczyć, że względu na okoliczność, iż podmioty kwalifikowane od momentu omawianej nowelizacji jako ASI i ich zarządzających mogły do 4 czerwca 2016 r. prowadzić działalność inwestycyjną bez konieczności uzyskania zezwolenia czy też rejestracji w KNF, w ustawie zmieniającej ustawę o funduszach¹⁶ przewidziany został roczny okres na dostosowanie działalności tych podmiotów do przepisów znowelizowanej ustawy o funduszach. Podmioty te, zgodnie z art. 54 ust. 1 ustawy zmieniającej, miały więc czas do 4 czerwca 2017 r. na złożenie do KNF wniosku o wpis do rejestru zarządzających ASI lub o udzielenie zezwolenia na prowadzenie działalności jako zarządzający ASI. Zgodnie z art. 54 ust. 6 ustawy zmieniającej, wnioski te mogły obejmować już powstałe i działające spółki. Wprowadzenie tych regulacji przejściowych podyktowane było koniecznością zachowania stabilności na rynku kapitałowym.

Wymogi w zakresie licencjonowania działalności zarządzających ASI różnią się bardzo istotnie w zależności od reżimu, w jakim zarządzający ma funkcjonować, a więc w zależności od tego, czy ubiega się on o wpis do rejestru zarządzających ASI, czy też o uzyskanie zezwolenia na prowadzenie działalności jako zarządzający ASI – niejednokrotnie dysproporcje pomiędzy tymi reżimami mogą dziwić. W przypadku tej drugiej grupy, ustawa o funduszach przewiduje wymogi bardzo wysokie, zbliżające je do towarzystw funduszy inwestycyjnych. Postępowanie administracyjne w przedmiocie wpisu spółki do rejestru zarządzających ASI jest natomiast postępowaniem mało wymagającym – działalność zarządzających ASI funkcjonujących na podstawie wpisu do rejestru zarządzających ASI stanowi więc obecnie najmniej sformalizowaną i prawdopodobnie najszybszą do zalegalizowania przed KNF formą działalności inwestycyjnej w Polsce.

¹⁶ Ustawa z dnia 31 marca 2016 r. o zmianie ustawy o funduszach inwestycyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016, poz. 615); dalej jako: ustawa zmieniająca.

6. Zakończenie

Nowelizacja ustawy o funduszach z 2016 r. przyniosła niewątpliwie wiele zmian dla funkcjonowania polskiego rynku kapitałowego. Ze względu na konieczność implementacji do polskiego systemu prawnego regulacji dyrektywy ZAFI bezzasadne jest rozważanie, czy słuszne było w ogóle wprowadzenie regulacji dotyczących alternatywnych funduszy inwestycyjnych do ustawy o funduszach. W konsekwencji nowelizacji ustawy o funduszach powstał zamknięty i spójny z unijnymi regulacjami katalog form prawnych prowadzenia działalności instytucji wspólnego inwestowania. Zmiana ta była niewątpliwie dużym wyzwaniem dla podmiotów prowadzących działalność inwestycyjną w formach innych niż regulowane fundusze inwestycyjne.

Znacznym problemem związanym z implementacją dyrektywy ZAFI do polskiego porządku prawnego jest bardzo szerokie zdefiniowanie AFI i ich zarządzających, a w konsekwencji również ASI i zarządzających ASI. W praktyce funkcjonowania podmiotów zajmujących się szeroko rozumianą działalnością inwestycyjną powstają i zapewne wciąż powstawać będą kolejne wątpliwości, czy dany podmiot kwalifikowany będzie jako ASI. Okoliczność ta ma niewątpliwie negatywny wpływ na stabilność rynku kapitałowego, a także na szeroko rozumianą ochronę inwestorów, której zapewnienie było jedną z idei stojących za uchwaleniem dyrektywy ZAFI.

Na dzień 18 kwietnia 2019 r. żaden podmiot nie uzyskał zezwolenia na prowadzenie działalności jako zarządzający ASI, natomiast 97 podmiotów zostało wpisanych do rejestru zarządzających ASI – przeważająca większość jako zewnętrznie zarządzający ASI (sp. z o.o. jako zarządzający ASI, zarządzający alternatywną spółką inwestycyjną działającą w formie spółki komandytowej). Można zastanawiać się, czy statystyki te oddają skalę polskiego rynku, czy też wiele podmiotów jest nadal nieświadomych istnienia tych regulacji lub też świadomie prowadzi działalność odpowiadającą działalności ASI bez wpisu do rejestru zarządzających ASI. Niewątpliwie polski ustawodawca stara się zachęcić do prowadzenia działalności jako ASI i zarządzający ASI – przykładem pewnej zachęty może być wprowadzenie wraz z 1 stycznia 2019 r. zwolnienia z CIT dla dochodów (przychodów) ASI uzyskanych ze zbycia udziałów (akcji), pod warunkiem że ASI, która zbywa udziały (akcje), posiadała przed dniem zbycia bezpośrednio nie mniej niż 10% udziałów (akcji) w kapitale spółki, której udziały (akcje) są zbywane, nieprzerwanie przez okres dwóch lat¹⁷.

* * *

Alternative Investment Companies and Their Managers – New Regulated Investment Vehicle in Poland

The amendment of the Polish Investment Funds Act, that entered into force in June 2016, was aimed at implementation of the EU Directive on Alternative Investment Fund

¹⁷ Art. 17 ust. 1 pkt 58a ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2018, poz. 1036 ze zm.).

Managers (AIFMD). The above mentioned amendment has caused numerous changes in operation of legal entities active on the Polish capital market. The most notable changes concern the performance of entities providing investment services (investment undertakings) other than regulated investment funds. As a result of the amendment of the Investment Funds Act, since 2016 in Poland a new group of regulated investment vehicles has been existing – alternative investment companies.

Key words: investment funds, capital market, alternative investment companies

Rafał Marek¹

Some Remarks about the Legislative Provisions of the Pavia Council of 1022

Abstract:

The resolution of the council of 1022 represents an early, however not isolated, attempt of Church reform in the 11th century. Its provisions, albeit quite vague and not (at least directly) implemented in Italy, are a legal expression of cooperation of two universal powers of Latin medieval world: the empire and the papacy. This corresponds with „Gelasian” model of social and political order. Regulation had reactive character and the scope of it was limited, as it addressed celibacy and illicit alienations of ecclesiastical property in order to endow the offspring of clerics. Still, the synodal statute was not received as a binding law and we have no traces of its use by bishops or secular judges. Lack of proper measures of promulgation and enforcement of law were essential here.

Key words: celibacy, ecclesiastical property, synod, Pavia Council

1. Introduction

Harald J. Berman² rightly notices, that at the beginning of the 11th century societies of Latin Europe did not use any kind of „system of law”. It is true that extensive compilations of canon law existed and some texts of Roman law were available, still they did not constitute any systematized body. The notion of „system” is not to be understood according to Berman³ as a mere presence of law or „legal order” as such, especially not as a law blended with social custom and viewed as a part of it. Formulas like *secundum consuetudines legum Romanorum* are exemplary here⁴. One may even say

¹ PhD candidate, Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University.

² *Law and Revolution*, Cambridge Mass. 1983–2003, vol. I, p. 49.

³ *Ibidem*, p. 50.

⁴ M. Bellomo, *The common legal past of Europe 1000–1800*, Washington D.C. 1998, p. 46.

that a kind of new Christian customary law was formed. It was informal, consensual and existed through patronage, protection and favor⁵.

Additionally, canon law provisions could not be considered as a systematized, autonomous order or system as long as they were not differentiated from moral precepts and theological reflection. Canons were understood as an addition and practical development of Christian revelation, conserved and transmitted in the Bible and the Apostolic Tradition⁶.

To create a legal system it was necessary to separate law and reflection about it from other social phenomena and structures⁷. According to Berman, only at the end of the 11th and the beginning of the 12th century Latin Church recovered or developed a new independent legal status⁸. Still, certain general declarations aimed at systematization and unification are already visible in Burchard's work and in the statutes of early 11th century councils⁹.

In the early 11th century the Church was understood not as a strictly outlined juridical structure but as the salvific community of sacramental life and orthodoxy. Canon law was considered as expression and subsidiary part of orthodox faith in a wider sense. H.J. Berman notices that until the second half of the 11th century both rulers and the church hierarchs did not try to fundamentally change essentially local and feudal nature of legal orders of various realms of the western part of the *Christianitas*¹⁰.

In addition, the 11th century post-Carolingian realms did not see law as a fully autonomous instrument of formation of social relations, according to precepts of catholic moral doctrine and as a tool of their rationalization. In addition, they lacked instruments to provide effective judicial control of social phenomena¹¹. If any new and dynamic legislation appeared, it was not efficiently systematized. Its enforcement was limited

⁵ J. Nelson [in:] *The Cambridge history of Christianity*, vol. 3, ed. Th.F.X. Noble, J.M.H. Smith, Cambridge 2008, p. 308.

⁶ See for example a document of predominantly liturgical character, that is *Ordo Romanus VIII* (6th cent.?), where the procedure of bishop's election is described as a part of the ordination, not as a separate legal institution: „II. Item quomodo episcopus ordinatur. Dum a civitate et loco episcopus fuerit defunctus, a populo civitatis eligitur alius; et fiet a sacerdotibus clero et populo decretus, et veniunt ad domnum apostolicum” – J.P. Minge, *Patrologia Latina*, Paris 1841–1855, vol. 78, col. 1001D; hereafter: MPL. Also canons of 1031 Bourges synod – G.D. Mansi, *Sacrorum Conciliorum Nova et Amplissima Collectio*, 30 vols., Florence-Venice 1758–98, vol. XIX, col. 502 ff.; hereafter: Mansi – are instructive here as they contain not only disciplinary but also liturgical provisions (canon I: *ut Sancti Martialis nomen et memoria inter Apostolos proponatur*).

⁷ See H.J. Berman, *op.cit.*, p. 50–51.

⁸ *Ibidem*, p. 51.

⁹ The Synod of Seligenstadt in 1022 (Mansi, XIX, 393, 396 A-B) is exemplary here: *dissensio legum* is to be removed together with *disparitas nostrarum singularium consuetudinum*. Various canonical provisions and customs are to be integrated and unified through dispute and conciliar mode of decision making (396A-B: „honesta consensione redigeretur in unum”). Still, any closer instructions how to obtain this uniformity and coherence are absent.

¹⁰ H.J. Berman, *op.cit.*, p. 52.

¹¹ See F. Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*, trans. S.B. Chrimes, Oxford 1939, p. 70–71, 149–150; H.J. Berman, *op.cit.*, p. 67; W. Ullmann, *History of Political Thought: Middle Ages*, London 1968, p. 13–14.

or almost absent, as static elements and prevalence of consensual notion of social order were dominant¹². For example, the council of Bourges of 1031¹³ provides isolated reactive measure towards eradication of simony or similar illegal payments (canons III, XII), however – without procedural mechanism of enforcement. This canons serve more as moral admonitions than operative legal provisions.

Manlio Bellomo rightly notices¹⁴ that *iudices* or „lawyers” did not engage in interpretation of legal text or in any strict hermeneutic procedure aimed at determination of binding legal norm deduced from text of law. They construed arguments devised to promote certain case or to solve theological or moral controversy¹⁵. Various and numerous utterances of Church Fathers were used as argumentative tools to reinforce dialectical and theological statements. Hermeneutics were fluid and prone to subjectivism and opportunistic approach¹⁶. In addition to such lack of uniform methodology, clergy as such seems to be focused on correct performance of various religious rites, not on exegesis of canon law¹⁷.

The aforementioned views are generally correct. Still they require certain adjustment thanks to closer look at the regulations of the Pavia council of 1022.

2. The doctrinal and argumentative part of the Pavia document

Already the first line of Pavia document points towards the „Gelasian” or „dualistic” order of *Christianitas*, that is the cooperation between the pope¹⁸ and the emperor as the head of the universal Christian empire. Therefore both have [c]ommunis honor, communis dolor¹⁹. It is good to mention here that *Chronicon Cameracense*²⁰ informs us about a council in Aachen, celebrated also in 1022. Also here the „secular” problems are discussed together with ecclesiastical matters. Such synods were solemn and ritual manifestation of the proper order of government of the *Christianitas*, as it was envisioned in the 11th century²¹. All of them attempted to follow the path of Church cooperating with normative holy emperor, that is Constantine the Great.

¹² Cf. H.J. Berman, *op.cit.*, p. 67.

¹³ *Conc. Bituriciense*, Mansi XIX, col. 502 ff.

¹⁴ M. Bellomo, *op.cit.*, p. 45.

¹⁵ See F. Kern, *op.cit.*, p. 74–75.

¹⁶ Cf. M. Bellomo, *op.cit.*, p. 45.

¹⁷ Cf. *ibidem*.

¹⁸ As the head of church hierarchy and the main dispensator of divine grace (*potestas ligandi et solvendi*, constantly mentioned in papal juridical formularies of the first half of the 11th century and canon law collection of this time).

¹⁹ All quotations of Pavia document are made after Mansi, XIX, col. 343 ff (*Concilium Ticinense*) if not stated otherwise.

²⁰ Lib. III, Cap. XXXV, Mansi XIX....: „Sub his diebus, cum forte imperator Henricus in Aquisgrano palatio tam de ecclesiasticis quam et de saecularibus pertractaret, in ipsa interim ecclesia provincialis synodus ab episcopis celebrata est”.

²¹ Cf. W. Ullmann, *op.cit.*, p. 14–15. Similar character of the council of Mainz of 1023 is visible e.g. in the *vita sancti Gothardi* c. 12: „Aribo archiepiscopus Moguntinus illo anno Imperatorem ad Pentecosten Moguntiam invitavit, ubi etiam concilium generale coegit, in quo multa collapsa correxit” (Mansi, XIX, col. 411).

M. Frassetto notices that the references to general obligation of celibacy and commandment of sexual purity play „marginal” role in the Pavian document²².

It is true, that the composition of the *decretum* and *edictum* corresponds with the main matter of its regulation, which is to serve two purposes: 1) the main and direct one – prevention of illicit alienations, 2) the subsidiary one – enforcement of strict clerical celibacy.

Still, Frassetto’s view should be corrected, as the Pavian document devotes quite a lot of attention to the moral substantiation of its provisions in context of celibacy. The analyzed document contains explicit references to Christian doctrine. The indispensable need of grace of God is applicable also to the reformative legislative attempt of *potestas imperialis* and *papalis auctoritas* convened together in Pavia („quia unde per Dei gratiam erigimur, inde promerentibus peccatis nostris deiicimur”). Influence of St. Augustine’s theology is visible here. Until under God’s benevolent guidance (*propito Deo*) ecclesiastical law of the Fathers, also concerning celibacy, was preserved („patrum nostrorum regulis et synodalibus obediavimus informati Deo”) the Church „blossomed” („florente Ecclesia floruimus”) ²³. The pope also stresses liberty of the Church²⁴, granted to it by pious rulers („Christianissimi reges et imperatores ditaverunt ecclesias et omni libertate eas donaverunt”). Those monarchs obliged themselves to be defenders of the Church („defensores esse pro ecclesia coram omnibus”). For the current problems remedy is sought in the return to old discipline²⁵. Thus papal *praefatio* states: „ad viam revertendum, sic enim legitur: Beati immaculati in via”²⁶.

Rhetorical hyperbole is also included, as the text stresses that the strongest opponents of God’s will²⁷, with the worst moral conduct („pravus moribus maculant”), are those, who dare to call themselves the priests of God. Still, they treat their Churches, for which they were ordained, like instruments and objects useful only as sources of economic gain and social status. This attitude only makes them worse – „bonis eius (sc. Ecclesiae) incrassantur et incrassati recalcitrant”²⁸.

²² M. Frassetto, *Medieval Purity and Piety: Essays on Medieval Clerical Celibacy and Religious Reform*, New York 1998, p. 241.

²³ This remark corresponds with the tendency to glorify ancient Church. This will be also characteristic for later „papal” writers, like Humbert de Silva Candida. Institutions of the Holy Fathers, as the basis of proper ecclesiastical discipline and the higher legal order of the *Christianitas*, were also invoked in a general manner and as a corroboration of provisions addressing the papal election in the legislative act of the emperor in a privilege issued by emperor Henry II for the Pope Benedict VIII (Mansi XIX, col. 331: „quod ad hanc electionem per constitutionem sanctorum patrum antiqua admisit consuetudo”).

²⁴ Cf. R. Schieffer, *Freiheit der Kirche: Vom 9. zum 11. Jahrhundert*, Vorträge und Forschungen 2014, 39, S. 49–66.

²⁵ About such notions of return and correction of perceived abuse of old law see e.g. F. Kern, *op.cit.*, p. 149–151.

²⁶ Here the text contains a kind of a gloss to the word *via*: „id est in lege Domini”. Thus *via* used in a quote from Psalm 118 means God’s eternal law revealed to the Church. Who went off the God’s road (ecclesiastical law), cannot have divine grace („si beati in via non ergo beati extra viam”). Therefore a kind of dialectical „legal argument” was derived from the biblical verse.

²⁷ That is clergy’s celibacy as the context allows us to deduce, however closely related to economic issues.

²⁸ Literally „to kick up like a horse”. This seems to be an allusion to promiscuity and licentiousness.

The document stresses that the church property had been donated by pious rulers („reges et imperatores Christum secuti”) and other devout faithful. However „bene parata²⁹ male sunt conservata”. Thus the contemporary generation is wretched, erroneous and lacks proper discipline both in personal matters and in the administration of church goods. All the contemporary problems are caused by violation of moral rules, by sin or moral evil (*malum*), by lack of care about the good condition of the whole Church and clergy (*conservatio*).

The pope laments the destruction and dissipation of ecclesiastical property: „praedia enim et possessiones aut tollunt aut minuunt”. Clergy who have illegitimate offspring use apparently permitted legal deeds or fabricated documents („quibusdam titulis et scriptis colludio fabricatis”) to illicitly appropriate („a nomine et iure ecclesiae alienant”) substantial ecclesiastical property of economic importance („ampla praedia, ampla patrimonia”) for their families, especially children. They disregard canonical obligation to live as celibataries („sint ab omni muliere legibus exclusi³⁰”). Benedict VIII makes here an allusion to *primo datis et receptis legibus*, to old (that is Old Testament) and new law (*nova et veteris legis statuta*), that is the New Testament together with *patrum auctoritas*.

Papal *praefatio* gives insight into local legal practice used by the accused clergy. *Fures ecclesiae*, that is clergymen having children with free women in spite of canonical prohibition, invoke legal argumentation stating that the offspring follows the legal status of their mother – „quorum filios (...) liberos esse dicunt, quia usuale est apud eos sonare, filii matrem sequuntur”.

Still, the pope argues that this rule cannot be applied to the clergy („id non de filiis clericorum, sed de filiis laicorum intelligendum esse”), thus he contradicts „fraudulent³¹” attempts to use the Roman law to the detriment of the Church. Papal argument also demonstrates, however not explicitly, that the pontiff considered himself as capable of changing legal order towards supremacy of papal canon law over lay law, no matter if it was of Roman or of „barbarian” origin³².

To support his pro-celibacy measures the bishop of Rome invokes a provision of old Church law: „lege enim Niceana³³ quicumque ex clero cum qualibet muliere habitaverit vel eam turpiter cognoverit vel filium vel filiam genuerit, deponitur”.

²⁹ One can see here another, albeit vague, reference to normative era of ancient Church after the conversion of Constantine the Great, when privileges, donations and construction of churches and sanctuaries was widespread and supported by imperial *lex* and *solidi*.

³⁰ Papal complaints of economical character are not unsubstantiated. Endowment of priests' offspring with ecclesiastical property caused pauperization of local churches, as it is witnessed by Adam of Bremen. When discussing enforcement of Pavian law in his Church caused increase in disposable church income, as there was no more need to provide for the wives of the canons; M. Frassetto, *op.cit.*, p. 241–242.

³¹ The characteristic wording used in the document („iudices autem non iudicantes, immo iudaizantes”) is an allusion either to formalistic approach of the Pharisees to law or more generally, to the concept of *Judaica perfidia*.

³² Compare this with wording few lines below: „Si ergo promulgatis prius legibus in potestate [it is worth noticing that the term *auctoritas* was not employed here] fuerat ecclesiae de suis iudicare”.

³³ That is canon 3, later this Council is characterized as *regula canonum matrix*.

It is surprising that both Greek text of the canon and Latin translation by Dionysius Exiguus differ from the text quoted in the *praefatio*. Still, the papal's „quotation” is in fact a kind of interpretation or paraphrase of the old canon. Such „modified quotation” serves two purposes. It introduces new universal legal provision for the whole Church and provides it with proper formal rooting in a venerable canon law of the first Ecumenical Council.

Thus a new regulation is formally accommodated to the static model of canon law and seems to be just a repetition of the precepts of the Church Fathers. Here we have a practical expression of the fact that changes in the order of the Church had to be justified by presenting them as a removal of a perceived disobedience to the canons of the Fathers. The clergy remembered a venerable ruling of Pope Stephen I (254–257): „Nihil innovetur nisi quod traditum est”³⁴.

Such static model of constant repetition, recall and renewal of handed down and divinely inspired doctrine and discipline was deeply entrenched both in the West and in the East³⁵. Additionally, *praefatio* invokes laws of Emperor Justinian: „Lege autem Iustiniana aequae deponitur et curiae civitates, cuius est clericus traditur”³⁶. This imperial law serves here to accentuate both universal character of 1022 provisions and their basis not only in canons but also in venerable legal wisdom written down by orthodox and pious emperor venerated as a saint together with Constantine the Great, especially in the Eastern Church.

The direct aim of papal argument is to accentuate that illegitimate offspring of the clergy („omnes igitur filii et filiae omnium clericorum, qui sunt de familia ecclesiae, de quacumque libera nati fuerint, vel uxore vel concubina, quia neutrum nec licet, nec licuit nec licebit”³⁷, servi suae erunt ecclesiae in saecula saeculorum”) cannot

³⁴ MPL 3, 1010 A; cf. J. Nelson, *op.cit.*, p. 347 and views of Landulf Senior and Arnulf about „sanctified” past and static order of prayer and discipline established by Saint Ambrose, expressed in their works prepared as a defence and polemic with the Gregorian party in the Italian Church.

³⁵ J. Nelson, *op.cit.*, p. 351. Instrumental use of the 3rd canon of Nicea announces new understanding of papal legislative power, coherent with the strong statement of *Dictatus Papae* about wide papal power to establish new laws according to the exigencies of time and needs of the Church; cf. M. Frassetto, *op.cit.*, p. 240. Still, in Pavia this legislative independence of the pope expressed itself as being in full cooperation and agreement with the emperor, who is still seen as a sacral figure – visual expression of such order of Christianity is presented in the images in the *Seeoner Pontifikale* (Staatsbibl. Bamberg Msc. Lat. 53; fol. 2v, <http://bsbsbb.bsb.lrz.de/~db/0000/sbb00000131/images/>, 11.06.2017) and especially in the Sacramentary of Henry II (*Sakramentar Heinrichs II.* – BSB Clm 4456, fol. 11r; 11v, <http://daten.digitale-sammlungen.de>, 11.06.2017), and their byzantine counterpart in the *Menologion* of emperor Basil II.

³⁶ Cf. Novell. 123, c. 14: „Si vero post ordinationem presbyter aut diaconus aut subdiaconum uxorem duxerit, expellatur a clero, curiae civitatis illius, in qua clericus erat, cum propriis rebus tradantur”. According to *Monumenta Germaniae Historica. Constitutiones et acta publica imperatorum et regum*, ed. L. Weiland, vol. I, Hannover 1893, Const. I, p. 73 note 2 (hereafter: MGH) this imperial law is applied incorrectly. Still it is more probable that instead of making a simple error, the Pavia document uses this law out of its context as a mere additional argument based on the authority of Justinian's codification. It is no coincidence that the imperial part of the document calls Justinian's law *aequitas*.

³⁷ Strict prohibition of sexual activity of the clergy is expressed here with no prospect of future dispensation, as it would be contrary to the orders of Holy Fathers of the earlier generations and the incumbent pope.

be free and that such children share the servile status of their father. Such status is reasonable and acceptable as it is established *ecclesiae propter utilitatem et necessitatem*. Thus the needs of the Church repeal local customs and legal practice.

The pope speaks in favor of the doctrine of strict correspondence between violation of ecclesiastical property and blasphemy: „Est enim sacrilega, quae rerum divinarum furtum facit”. Such wording corresponds with latter utterances of Humbert de Silva Candida and his very wide definition of sanctified ecclesiastical good elaborated in *Libri Tres adversus Symoniacos*.

The whole papal *praefatio*, spacious and filled with rhetorical figures³⁸, can be interpreted as a type of papal admonition and theological substantiation for the short and quite precise legislative provisions supplemented and a bit changed by their imperial paraphrase, which will be discussed below.

3. Papal *decretum* and imperial *edictum*

Pavian provisions are an example of early transformation of notion of *reformatio* or *correctio* understood in moral or ascetical way (especially in monastic communities) into universal and general legal norms, which were to be enforceable among ranks of secular clergy³⁹. The papal part of the resolution, *Decretum domni papae B(enedicti)*, begins with general obligation of celibacy and sexual abstinence for the whole clergy: „[u]t nullus in clero mulierem attingat”. Then a specifying enumeration follows („[n]ullus presbyter, nullus diaconus, nullus subdiaconus, nullus in clero”) and the prohibition is repeated in a more extensive manner with short additional substantiation („cum nulli quoque laicorum scire liceat mulierem praeter uxorem”). Placement of such statement here allows one to deduce that either a spiritual marriage of the clergy with the Church as a Bride of Christ is meant (thus they already have wives and should remain faithful) or the clergy as the higher order of the Church has to follow stricter laws of sexual abstinence than the lay people.

Imperial text is a bit shorter and more synthetic⁴⁰. It is probable that a lawyer⁴¹ tried to make it more comprehensive to avoid casuistry and limit fraudulent actions

³⁸ The papal speech is a small piece of rhetorical art, written in the so called *reimprosa*. H. Fuhrmann calls it a „Kunstprodukt”; H. Fuhrmann, *Überall ist Mittelalter: von der Gegenwart einer vergangenen Zeit*, München 2010, S. 157–158.

³⁹ Cf. J. Noble, *op.cit.*, p. 362.

⁴⁰ Formal analogies in other pieces of imperial legislation are visible. In not much later *Edictum de mancipiis ecclesiarum* of Conrad II (MGH Const. I, p. 85) the „executory clause” or disposition for the officials in case of disobedience of the buyers of Church goods is constructed in similarly general manner: „[s]i vero aliqua persona his parere noluerit, vestra [that is of high imperial officials] iudicaria potestate eam distringite donec obediat”.

⁴¹ Presence of „sapientes et iudices” in the entourage of the emperor is mentioned in the law on marriage of 1019, given in Strasburg, MGH Const. I, nr 32, p. 64. Those „wise people” could be of Italian origin and belong to Pavian administrative personal acquainted with Roman and Lombard law, just as various Italian dignitaries (*episcopi, archiepiscopi, nobiles multi, vassali, marchiones et comites Italienses – ibidem*). See also about the *palatium* in Pavia as the main center of Italian administration and a kind of model for the organization of 10th and 11th century papal chancery: R. Elze, *Das „Sacrum Palatium Lateranense” im 10. und 11. Jahrhundert*, Studi Gregoriani 1952, IV, S. 27–54.

mentioned by the pope. Instead of enumeration, a synthetic clause is used: „[n]ullus in omni gradu ecclesiae uxorem vel concubinam habere praesumat nec in una domo cum muliere audeat habitare”.

Only nine years later canon V of the council of Bourges of 1031⁴² promulgated obligatory celibacy of all the grades of higher clergy. The words of canon V („sicut lex canonum precipit”) may be a reference to, *inter alia*, the Pavian regulations, as the Bourges council promulgates celibacy in very general terms („ut nullus presbyter, diaconus, subdiaconus”) and mentions both wives and concubines⁴³.

Therefore the Pavian *decretum* and *edictum*, supporting itself with ancient papal pronouncements, talk about celibacy not as a directive⁴⁴ but as a general rule applicable in „all or nothing fashion” for the whole clergy without any exceptions or grades of application.

According to 1022 provisions, clergymen who enter into marriage or concubinage are to be deposed („[q]uod si fecerit, secundum ecclesiasticam regulam deponatur”). An additional sanction of rather vague character is noticeable. The culprit is to be judged by *humanas leges* (imperial law) and to have no „admiration” in the society („nullus admirationis locum in plebe”). Such wording seems to be a reference to married clergy of high social standing, like the cathedral priests of the Church of Milan. *Edictum* adds here a remark about *Iustiniani augusti aequitate* and includes provision of Novel 123 mentioned in the papal *praefatio*.

As a kind of supplement to obligatory celibate, attempts at separation of the clergy from the secularized lifestyle and engagement in lay social and economic activities were undertaken also in Germany. Council of Seligenstadt of 1022 attempted at stricter separation of the clergy *ab negotiis saecularibus* through physical measures which could be almost impossible to enforce. The cap. XII of the synodal canons says: „statutum est etiam, ut aedificia laicorum, quae ecclesiis adiuncta sunt, auferantur et nulla in atrio ecclesiae ponantur, nisi tantum presbyterorum”⁴⁵. It seems quite probable that the council sought to eliminate accumulation of commerce and trade around the churches, however I think it is also possible that the synod tried to remove houses of women who were in illicit relationships with clergymen from the vicinity of local churches. Thus Seligenstadt provisions correspond with the statements of Pavia diet of the same year.

⁴² Mansi XIX, col. 503–505.

⁴³ Canon XIX of the Bourges synod of 1031 devoted to combating or discouraging nicolaism was also formulated in a general manner, which reminds us of Pavian approach to legislation.

⁴⁴ Thus a precept applicable in „more or less fashion” with a margin of individual discretion whether to live alone or to marry. Landulf Senior supported such alternative by proclaiming that not everyone has appropriate divine grace to live in celibate, thus such burden cannot be imposed as a general norm of canon law. However, Atto of Vercelli (see his *Capitulare*, I, MPL, vol. 134, col. 27 and *De presuris ecclesiasticis*, MPL vol. 134, col. 54) and Rather of Verona were supporters of clergy’s celibacy. They can be considered as predecessors of Humbert de Silva Candida, Peter Damian and reforming popes of the second half of the 11th century (see e.g. J. Noble, *op.cit.*, p. 357–358). Still, the Pavian provisions also correspond with their postulates. Strict celibacy not only of professed monks but of secular clergy as a whole was also stressed by the reforming movement of Benedictine monasteries (*ibidem*, p. 358).

⁴⁵ Mansi XIX, col. 398. It seems that the council thought just about lighter, for example wooden, edifices.

The second canon of the *decretum* established strict celibacy of bishops. The imperial law adds adjective *nullus* to the word *episcopus*, probably to ensure that the law is to be obeyed by every member of the church hierarchy and to stress that the rule has no exceptions or is not going to be applied with mitigation. To describe illicit relations with women the papal text uses rather vague euphemisms *habitabit* and *habeat*. The imperial text has simple and more concrete *lectum habere*. However this change seems to serve just as a mere rhetorical ornament.

Disobedient bishop is to be either exiled or deposed – „[q]uod si fecerit (...) honore (...) abicietur” – as he made himself unworthy of the ecclesiastical dignity (*se ipse fecit indignum*). The cooperation of *nostrae regulae* (that is canon law) and *mundanae leges* (that is imperial law) as a living continuation and *renovatio* of the Christian empire is also mentioned, thus reminding of the initial wording of the document: *communis honor, communis dolor*.

The third paragraph stipulates that sons of unfree clergy (*servi ecclesiae*) are to become slaves or serfs of respective local churches together with „everything” they acquired (*cum omnibus adquisitis*) thus not only with the ecclesiastical property illicitly transferred to them by their fathers. Therefore restitution and a kind of penalty and deterrent is combined here. The imperial text is identical, just *suae ecclesiae* is added in the second part of the sentence to make the application of law easier and avoid disputes.

The papal *decretum* has *[f]ilii et filiae*. Still the word *filiae* is omitted in the imperial version. This corresponds with Roman notion that male gender comprises also females. Extensive enumeration mainly to show universality of law and prevent any doubt or court dispute follows: „omnium clericorum omniumque graduum de familia⁴⁶ ecclesiae, ex quacumque libera⁴⁷ muliere, quocumque modo sibi coniuncta fuerit, geniti, cum omnibus bonis per cuiuscumque manus adquisitis servi proprii suae erunt ecclesiae nec umquam ab ecclesiae servitute exhibunt”. The imperial law adds also as a kind of restitutory clause: „[e]t omnia, quae ipsi per manus et per scriptiones alicuius liberi adquisierint, ecclesiae sicut sua propria reddimus”.

Very general wording (*omnium, omnibus, ex quacumque muliere* etc.) to avoid any doubt and attempts of evasion through interpretation and dialectics is characteristic. The imperial recension of the 3rd paragraph of the Pavia law seems to be unclear, as it does not state clearly if only children or also wives of priests are to be enslaved or changed into ecclesiastical serfs⁴⁸.

Canons II and III seem to have their ancient precedent in the canon X of the 9th council of Toledo of 655⁴⁹.

⁴⁶ Imperial text has more precise *servorum*.

⁴⁷ *[L]ibera* was omitted in *edictum*.

⁴⁸ M. Frassetto, *op.cit.*, p. 240.

⁴⁹ U.R. Blumenthal, *The prohibition of clerical marriage in the eleventh century* [in:] *Chastity: A study in perceptions, ideals, opposition*, red. N. van Deusen, Leiden – Boston 2008, p. 63. The 9th Council of Toledo of 655 (Mansi XI, col. 29 A-C, canon X) established the first legal sanction against the offspring of clergy. Before this pronouncement dominant opinion was that children as such should not be held responsible for the sins of their parents. However the 9th synod of Toledo decided that such „illicit children”

Canon IV does not address clergy buy lay people, as it prohibits any judge or official (*nullus iudex*) from granting liberty (*liberos esse iudicaverit*) for children of clerics, who are slaves or servants of the Church. Disobedient functionary will be anathematized and judged by imperial power, as they „took away from the church what he had not given” (*„quia ecclesiae tulit quod non dedit”*) that is the offspring of the clergy. The imperial law adds here as a sanction of *facultatum publicationem* of the judge who refuses to apply new law and condemns such judge to perpetual exile, therefore imitating provisions of Roman law.

Canon V of *decretum* prohibits all the ecclesiastical slaves of serfs (*„nulli servorum ecclesiae, sive in clericatu, sive in laicatu”*) from acquiring ecclesiastical goods by any legal mean (*ullo modo*) through free intermediaries⁵⁰. In case of disobedience the culprit is to be punished (*caesus, tamdiu carceratus*) and ownership of the alienated goods is to be returned to the respective Church. Imperial redaction of the law provides additional sanction which can be considered as a sign of still rather blurry border between ecclesiastical and imperial jurisdiction, at least in cases of ecclesiastical *servi*: *„[s]i enim ad nostrum spectaret iudicium, ut fugitivus addiceretur”*.

According to the canon VI of the papal *decretum*, a person who accepted a document (*chartam*) or acted as a proxy or intermediary in fraudulent transaction to the detriment of the Church is obliged to pay a fine or compensation to the local Church (*finem ecclesiae faciat*)⁵¹. If the culprit do not pay the necessary amount of money, they are to be considered as cursed or excommunicated (*„maledictus inter fures ecclesiae et sacrilegas habeatur”*).

The imperial text adds certain „technical” or procedural clauses, as it declares the document containing the legal deed null and void (*„invalidas et nomen vacuum fraudulenter ecclesiae servus scriptiones accepit”*). The scripture is to be returned in order to avoid future litigation (*„ut omnium litium iacula sopiantur”*). The person who prepared the document for the slave was also obliged to pay fine to the affected Church.

The last canon of the *decretum*⁵² addresses judges and notaries. It prohibits them from preparing (in case of *tabelliones*) or allowing to be prepared or respecting as binding (in case of judges) charters (*chartae*), which are to be used to illicitly transfer

should not only be deprived of their right of succession – here and inspiration of CJ 1.3.44. (45) – rescript of 530 AD about incest and *nefariae nuptiae* is visible (see on that: B. Schimmelpfennig, *Zölibat und Lage der der „Priestersöhne”*, Historisches Zeitschrift 1978, 227, S. 10–11), but also were to become *servi* of their father’s church. Such sanction of enslavement was formed by analogy to the sanctions for women who had sexual relations with higher clergy (*ibidem*, S. 11, pointing towards ancient Spanish councils of 589, 590, 633). It is characteristic that already this 7th century Spanish legislation was motivated by lack of proper effect of earlier legislative pronouncements (*ibidem*, S. 11). Toledo canon of 655 was included in Pseudo-Isidore and thus became widespread in reform-minded circles and it served as a basis for further regulations, also those of 1022 (see *ibidem*).

⁵⁰ Conrad’s II *Edictum de mancipiis ecclesiarum* (1027–1035, MGH Const. I, p. 85) has similar economic motives as the Pavian law, especially its section V. The aim of this *edictum* is to restitute ecclesiastical slaves and animals sold for too low price. Thus both laws attempted to prevent deterioration of ecclesiastical domains through wrongful alienation.

⁵¹ *Edictum* under number VII adds here: *et securitatem*, which designates either additional warranties or merely a receipt.

⁵² In the imperial version: chapter number VI.

ecclesiastical property and thus to endow clerical offspring. The law establishes penalty of excommunication (*anathemate ferientur*). Judges or notaries who disobey the new law are to be expelled from their offices⁵³. In addition, *edictum* establishes severe penance of mutilation: „manum amputamus dexteram”. Such sanctions correlate with the final corroborative clauses of the imperial *edictum*⁵⁴.

One cannot find any direct repetition or quotations from the Pavian law of 1022⁵⁵. Still, some traces of inspiration can be noticed in local legislation. Apart from the already mentioned instances, the Aquitanian council of Bourges of 1031 contains regulations similar to the provisions promulgated at Pavia in 1022, which were directed against establishment of the so called „hereditary priesthood” or „dynasties of priest” due to clerical marriage and prevalent understanding of churches together with their property as sources of wealth for the family of the priest and a kind of assurance of social position of his relatives (especially offspring) due to control over ecclesiastical landed property.

Thus canon VII⁵⁶ stipulates that sons of presbyters, deacons and subdeacons („filii presbyterorum, sive diaconorum, sive subdiaconorum”), if they were born after their father was ordained („in sacerdotio vel diaconatu vel subdiaconatu nati”), shall not become priests („clerici non fiant; nullo modo ulterius ad clericatum suscipiantur”). The council recalls that status of such offspring is diminished by secular (that is Roman) law, as they are not allowed to inherit and to act as court witnesses („nec apud saeculare lege hereditari possunt, neque in testimonium suscipi”). The mention of succession points towards similar economic concerns as in Pavian regulation.

It is also noticeable that this canon uses quite general wording and tries to precisely define which categories of clergy are addressed in order to avoid any misunderstanding and to obtain proper enforcement of the canon in case of penal church proceedings. To curb any evasion of the new law, the canon states that the offspring cannot be promoted into the clerical ranks by „any mean” (*nullo modo*). Roman law, according to *Breviarium Alarici* or Theodosian Code, is used as a justification of the new regulation and can be considered as a kind of application of Roman law precepts according to the rule *Ecclesia vivit lege Romana*. Still, Roman law is not directly applied here but used as a subsidiary basis for justification to establish new canon law provision aimed at eradication of local social customs, feudalization and strong secular relationships of the clergy.

Moreover, canon XI of the council of 1031 also reminds us of Pavia regulations of 1022. It states that if the offspring of clergy or slaves („qui ex filiis clericorum vel in servis”) were ordained, they are to be deposed by archdeacons („ab archidiaconis

⁵³ I think that the clause „neque honorabitur in palatio” (that is in the imperial jurisdictional and political centre, where the source of power resides and the „rule of law” is substantiated) should be understood in that way.

⁵⁴ „Nec factiosi huius decreti scientiam dissimulabunt, quae omnium libris inscripta, per ora omnium evolabit: nec impune putabunt audendum quod publica damnatum severitate cognoverint”.

⁵⁵ B. Schimmelpfennig, *op.cit.*, p. 12, notices, that the Pavia provisions were explicitly (*ausdrücklich*) repeated in a Goslar council of 1023. Still this statement is unclear to me. See also Ch.-J. Hefele, H. Leclercq, *Historie des conciles*, Paris 1912, vol. 4/2, p. 918–924, esp. p. 920.

⁵⁶ Mansi XIX, col. 504.

deponantur”). Additionally, the council states that bishops shall excommunicate publicly (*audiente populo*) those who offer them sons of presbyters, deacons or subdeacons to be ordained. Thus we see another local legislative attempt to curb the establishment of *de facto* hereditary priesthood.

The imperial response to the *praefatio* of pope Benedict states that papal decisions were undertaken *pro ecclesiae necessaria reparatione*, therefore they express papal solicitude for the whole Christianity. The emperor characterizes himself as a son of the Roman Church (*ut filius laudo*), therefore he is obliged to cooperate with the pope through complementary „secular” legislation. Still the following wording – *quae (...) instituit et reformavit paternitas tua (...) confirmo et approvo (...) ea me inviolabiliter servaturum adiuvante Deo promitto* – serves as a rather obvious sign of the notion, that the emperor has a quasi-hierarchical status in the Church as a subject equipped with wide legislative and almost unlimited executive power in correspondence with papal *auctoritas*, or a competence to form provisions of ecclesiastical law, which lack proper ecclesiastical procedure of enforcement. Therefore the papal decree shall be transposed into *publica iura* or *leges humanae*. Such corroborative procedure is ordered and guaranteed by the emperor and his *auctoritas*. It is interesting that the term *auctoritas* is used here not in the theological or Gelasian sense but in the more technical meaning, appearing in some laws of the Theodosian Code⁵⁷.

4. Conclusions

The wording present in the *edictum (humanis inseri et inscribi legibus volumus)* can be interpreted as a legislative attempt to join the new imperial laws addressing the clergy with the body of old imperial law of universal character. This is an attempt to continue late Roman imperial politics of regulating ecclesiastical discipline in cooperation with bishops⁵⁸. Such approach fits into more general doctrine of *renovatio imperii*.

Moreover, formal reaffirmation of papal *decretum* by the emperor included in *edictum* of 1022 is similar to Visigoth *lex in confirmatione concilii*⁵⁹. Did the council of 1022 try to imitate old Visigoth ideas? It is more likely that the council tried to revive Roman notion of *symphonia* or *consonantia*, mentions of which had been preserved e.g. in monuments of the Roman law known in the West⁶⁰. Such interpretation better

⁵⁷ Similar confirmatory formula was also added to resolutions of Goslar enacted in 1019, MGH Const. I, no. 31, p. 62 ff: „Addunt nihilominus: presentis compactionis decretum Romani imperii maiestate sancitum, nullo penitus in perpetuo iure solvendum, maxime cum in beneplacito universalis papae prospectum vegetet sanctae ecclesiae”. Compare also the wording in the *Subscriptio*, MGH Const, I, const. 34, p. 77, where formula „Ego H. gratia Dei augustus hanc constitutionem legis perpetuae (...) Deo auctore statui, firmavi et semper valere decrevi et optavi”.

⁵⁸ Cf. P.E. Schramm, *Kaiser, Rom und Renovatio*, Darmstad 1992 = Leipzig 1929, S. 280, n. 6.

⁵⁹ H. Wolter, *Die Synoden im Reichsgebiet und in Reichsitalien von 916 bis 1056*, Paderborn 1988, S. 285.

⁶⁰ Nov. VI *praef.*, *Authenticum. Novellarum constitutionum Iustiniani versio vulgata*, ed. G. Heimbach, Leipzig 1851, p. 48–49: „Maxima quidem in hominibus sunt dona dei a superna collata clementia, sacerdotium et imperium, illud quidem divinis ministrans (reference to sacramental economy and distribution of salvific grace and orthodox teaching through the Holy Orders) hoc autem humanis praesidens

suits the tendencies of universalism and restitution of Christian empire encompassing the *Christianitas* as a whole.

Additionally, certain similarities with Byzantine ideas about duties of the emperor and the apex of the church hierarchy cannot be excluded. However, the Eastern emperor was not considered by Benedict VIII as a ruler able to provide any help in the process of restoration of the Church, even Italian dioceses⁶¹. The Byzantine monarch was no longer seen as the ruler of universal Roman empire. He was merely the emperor of the Greeks (*Graecorum imperator*). Moreover, the ecclesiastical communion was weakened already by patriarch of Constantinople Sergius II by the order to remove papal name from the diptychs⁶². This process of alienation between the two „sister churches” was continued by Benedict VIII by insertion of the *filioque* clause to the Latin text of the Nicene Creed and cooperation with emperor Henry II, perceived in ecclesiastical rhetoric as the sole ruler of the universal Christian empire.

It is worth mentioning that papal *praefatio* corresponds with contemporary trend of providing reason for the reformatory provisions through lamentation of current state of ecclesiastical affairs. Also the council of Bourges of 1031⁶³ stresses that the local Church is „depraved” or utterly corrupt („depravata erat S. Bituricensis mater Ecclesia”). Apart from their rhetorical character, such formulas can be seen not as mere persuasive device but as a general directive of application of particular provisions in favor of church discipline in case of doubt.

Another aspect of the Pavian introductory formula („[c]ommunis honor communis dolor”), that is joint and consensual mode of proceedings, is also visible. At the end of the papal allocution it is accentuated that the approval of the emperor and bishops („nostris consacerdotibus, fratribus et coepiscopis nostris”) is ensured – „hac nostri forma decreti (...) confirmabitur”. Other synods contain similar clauses. For example, the acts of the already mentioned Bourges council of 1031 recall the consent of bishops, abbots and „pious laymen” to new legislative measures⁶⁴. Collegiality was also recalled in the opening of the statutes of the council of Seligenstadt in 1022⁶⁵. However, the *propria auctoritas* of the pope or of an archbishop is also mentioned. This hierarchical *auctoritas* of a bishop corroborates the privilege of the pope issued

ac dilligentiam exhibens, ex uno eodemque principio (cf. the words *communis honor* in the Pavia document) utraque procedentia humanam exornant vitam. (...) Nam (...) erit consonantia quaedam bona, omne quidquid utile est, humano conferens generi”. Henry II seems to conform to the declaration present in the Auth. Nov. VII. 1, (ed. Haenel, p. 49), as he intends to have „sollicitudinem (...) circa sacerdotum honestatem”.

⁶¹ Cf. H.L. Mikoletzky, *Bemerkungen zu einer Vorgeschichte des Investiturstreites*, Studi Gregoriani 1948, III, S. 233–285, S. 266.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Mansi XIX, col. 502.

⁶⁴ „[E]go Aymo archiepiscopus (...) cum consensu coepiscoporum seu abbatum et reliquorum fidelium, qui ibidem praesentes adfuerunt, decrevi”.

⁶⁵ Mansi XIX, col. 396 A-B: „In Dei nomine, ego Aribio Moguntinae sedis archiepiscopus (...) cum ceteris confratribus nostris et coepiscopis (...) synodum in Salegunstadt conduximus (...); (...) quatenus cum communi fratrum praedictorum consilio atque consultu”.

for French Church, so that it may be enforced and respected – „inconvulsum et inlibatum permaneat”.

Still, stronger „episcopalism”, coherent with some parts of Pseudo-Isidorian Decretals, is also visible in the chapter XVI of the council of Seligenstadt⁶⁶. It prescribes that no one (*nullus*) can travel to Rome⁶⁷ without permission (*licentia*) of proper bishop or his vicar.

Therefore, it is noticeable that an accent placed on universally binding papal legislative power coexist with principles of collegial decision-making process. This tension announces upcoming conflicts between reform-minded popes and local (especially German and Lombard) bishops.

In addition to their legislative aspect, church councils were understood as liturgical undertakings. Their reformatory mission is inspired by the Holy Ghost. Various saints accompany the bishops and serve as intercessors. The holy men are present in their miraculous relics – visible parts of the sanctified and glorified Mystical Body of Christ. The council of 1022 follows the same sanctifying procedure as Saint Augustine’s relics were exposed for veneration during the proceedings⁶⁸. Thus the saint in his holy remains was present as a protector and intercessor. Moreover, in the final clause of papal *praeformatio* of 1022, the benediction of God and intercession and protection of the Apostles Peter and Paul, two crucial figures for the dogmatic understanding of papal office and primacy in the Church, are invoked.

In addition to such explicit sacralisation of the proceedings, special intercessory prayers used to be recited. Other liturgical elements, like censing, candles or prayers *ad orientem* are also prominent and specifically mentioned in synodal acts⁶⁹.

Tangible presence of canon law during the proceedings is also noticeable⁷⁰. Manuscript containing church canons was present during the proceedings together with holy relics, accompanied by intercessory prayers and penance. The legal outcome of the council is explicitly sanctified and merged with ecclesiastical admonitions about penance and believe in the necessity of God’s grace to establish proper order in the Church. Abuses are always condemned as sins or heresies⁷¹. It is noticeable that the Pavian document lacks the description of synodal proceedings and is of more legal and polemical nature. However, there is no reason to doubt that also the synod of 1022 had prominent liturgical and sacral component.

Considering all the aforementioned rituals sanctifying the normative outcomes of synods, it is good to ask if Pavian pronouncements were enforced and considered

⁶⁶ Mansi, XIX, col. 398.

⁶⁷ To bring an appeal from the decision of local bishop, I do not think that this provision addresses pilgrimages or commercial travellers.

⁶⁸ E. Leland Saak, *Creating Augustine: Interpreting Augustine and Augustinianism in the Later Middle Ages*, Oxford 2012, p. 60.

⁶⁹ Cf. e.g. Mansi, XIX, col. 400–401.

⁷⁰ „Tunc diaconus codicem canonum in medio proferens, capitula de conciliis agendis pronunciet” (Mansi XIX, col. 402). Thus the canons are recalled in a kind of „liturgical readings” and integrated into liturgical action.

⁷¹ See e.g. J. Leclercq, *Simoniaca Haeresis*, Studi Gregoriani 1947, I, p. 523–530.

as sanctified papal and imperial law binding every member of the *Christianitas*? Expulsion of clerical spouses in Hamburg suggest an attempt to enforce the 1022 rules, still this enforcement did not obtain permanent results⁷².

Moreover, the text of the Pavian provisions is known to us only from one 12th century manuscript, pages of which are partially damaged by fire. The contents of this book were not considered as important or useful for judicial practice. This supports the theory that resolutions of 1022 had minimal effect or even no application at all⁷³. The only sign of an attempt to apply the Pavian law can be deduced from the „report” of Leo of Vercelli about „revindications”, which he enforced in his diocese. However, an attempt to demonstrate some vestiges of application of 1022 regulation by Leo through looking for textual similarities in the report and in the Pavian document⁷⁴ is rather unconvincing.

Such lack of any certain signs of application of 1022 rules points towards importance of personal charisma and political influences of anyone attempting to enforce reforming legislation in the period of early church reform in the 11th century. Both Henry II and Benedict VIII died soon after the Pavian resolutions were prepared and Pavian *palatium* was looted and destroyed. It is necessary to remember that Benedict VIII should not be considered as a „puppet pope” of the Tusculan faction⁷⁵, so the joint legislative initiative of 1022, especially when seen in connection with other synods of the same time and the spread of ecclesiastical foundations, was intended to serve as a beginning of a project of disciplinary reform⁷⁶. The 1022 provisions tried to be an instrument, yet not fully autonomous, of the formation of social order. Still the instruments to ensure effective promulgation and enforcement of it were not yet elaborated.

⁷² Adam of Bremen, *Gesta Hammaburgensis ecclesiae pontificum*, 2.61. *scholion* 43, *Monumenta Germaniae Historica. Scriptores*, ed. H.G. Pertz et al., Hannover 1826, vol. VII, p. 328; hereafter: MGH SS. It seems quite probable that any systematic and coherent application of the new law in Hamburg and further control of obedience to its precepts was abandoned for the sake of social peace. This was caused by the fact that the main culprits were canons – prominent members of the cathedral clergy. Cf. J.A. Brundage, *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe*, Chicago 2009, p. 218.

⁷³ Cf. H. Wolter, *op.cit.*, S. 283, 284, note 261; also H. Fuhrmann, *op.cit.*, S. 158.

⁷⁴ S. Hirsch, H. Pabst, H. Bresslau, *Jahrbücher des Deutschen Reichs unter Heinrich II*, Berlin 1877, S. 345.

⁷⁵ G. Tellenbach s.v. *Benedetto VIII* [in:] A. Menniti Ippolito et al., *Enciclopedia dei papi*, Roma 2008, [http://www.treccani.it/enciclopedia/benedetto-viii_\(Enciclopedia-dei-Papi\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/benedetto-viii_(Enciclopedia-dei-Papi)/), 14.02.2017, together with a general remark made by Thietmar, *Chronicon* VI. 61 MGH SS III, p. 835: „a papa Benedicto qui tunc prae caeteris antecessoribus suis dominabatur”.

⁷⁶ The provisions of Pavia synod are a kind of unimplemented precursor to the legislation of the most active „German Pope” that is Leo IX (M. Frassetto, *op.cit.*, p. 240 with further references). It is also possible that the regulation of Gregory VII about the incontinence and obligatory celibacy of the clergy was inspired by Pavian resolution of 1022 (*ibidem*, p. 240).

* * *

Kilka uwag na temat postanowień Synodu w Pawii z roku 1022

Synod w Pawii z roku 1022 należy do wczesnych inicjatyw reformy Kościoła podejmowanych w XI wieku. Jego postanowienia były prawnym wyrazem współpracy dwóch uniwersalnych władz łacińskiej *Christianitas*: cesarstwa i papieństwa. Odzwierciedlały „gelazjańską” wizję organizacji społeczeństwa, ustroju i prawa. „Reaktywne” pawijskie prawo papiesko-cesarskie miało ograniczony przedmiot, bowiem zajmowało celibatem i niedozwoloną alienacją majątku kościelnego na rzecz potomstwa duchownych. Jednak przepisy z roku 1022 nie doczekały się, o ile wiemy, bezpośredniej recepcji czy wykorzystania przez biskupów lub sędziów królewskich. Przyczyną tego był brak odpowiednich procedur promulgacji i egzekucji prawa.

Słowa kluczowe: celibat, własność kościelna, synod, Synod w Pawii

Michał Szymański¹

Bezpieczeństwo Światowych Dni Młodzieży – specustawa i inne szczególne regulacje prawne

Streszczenie:

Organizacja Światowych Dni Młodzieży to skomplikowane wyzwanie, w szczególnie w czasach zagrożeń islamskim terroryzmem. Konieczność zapewnienia bezpieczeństwa pielgrzymom oraz Ojcu Świętemu podczas imprezy w Krakowie w 2016 roku skutkowało wydaniem kilku aktów prawnych, wśród których najważniejszym była specjalna ustawa przyznająca funkcjonariuszom policji oraz innym służb dodatkowe uprawnienia, a także zobowiązująca wojewodę do przygotowania stosownego planu. Jej wprowadzenie było konieczne, gdyż ŚDM nie mogły być potraktowane jako „impreza masowa” w rozumieniu stosownej ustawy, która reguluje kwestie bezpieczeństwa podczas występów artystycznych czy zawodów sportowych. Dodatkowo Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji wydał stosowne rozporządzenia dotyczące zakazu przenoszenia broni palnej podczas imprezy, a także tymczasowo przywracające kontrolę graniczną z państwami strefy Schengen. Regulamin Pól Miłosierdzia przyznał też odpowiednie uprawnienia służbom porządkowym Światowych Dni Młodzieży.

Odnosić należy również, że ŚDM były jednym z pierwszych wydarzeń o charakterze masowym, które odbyły się po wejściu w życie tzw. ustawy antyterrorystycznej.

Słowa kluczowe: Światowe Dni Młodzieży, specustawa, policja, bezpieczeństwo, terroryzm

1. Wstęp

Światowe Dni Młodzieży to jedno z najważniejszych cyklicznych wydarzeń o charakterze masowym w Kościele katolickim. Zapoczątkowane przez Jana Pawła II spotkanie z młodymi miało, podobnie jak pielgrzymki czy wykorzystywanie mass-mediów,

¹ Autor jest studentem V roku studiów prawnych na Wydziale Prawa i Administracji UJ.

zmniejszyć dystans pomiędzy papieżem a wiernymi i przystosować Kościół do realiów współczesnego świata². Spotkania z Ojcem Świętym przyciągają za każdym razem setki tysięcy, a nawet miliony wiernych.

W roku 2016 ŚDM odbyły się w Polsce (finał wydarzenia odbył się na Polu Miłosierdzia w podkrakowskich Brzegach). Impreza miała charakter wyjątkowy nie tylko z racji na wizytę Najwyższego Kapłana oraz obecność młodzieży z całego świata, lecz również z racji na kontekst polityczny. Nie ulega wątpliwości, że cywilizacją zachodnią w tym czasie wstrząsnęły zorganizowane przez tzw. państwo islamskie zamachy terrorystyczne oraz inne tragiczne wydarzenia, których sprawcami byli muzułmanami³. Powszechnie były dyskusje na temat tego, czy spotkanie milionów katolików z papieżem nie byłoby doskonałą okazją dla bojowników Kalifatu by dokonać kolejnego, spektakularnego ataku. Według badań niemal połowa Polaków obawiała się uderzenia ze strony dżihadystów. Media donosiły o tym, jakoby polskie służby specjalne zatrzymały Irakijczyka planującego zamach bombowy na papieża⁴ oraz zapobiegły przygotowaniom do zamachu przy pomocy furgonetek (podobnego do ataku, który przeprowadziło ISIS w Nicei) wycelowanego w pielgrzymów opuszczających *Campus Misericordiae*⁵. Szef Biura Bezpieczeństwa Narodowego Paweł Soloch przyznał w marcu 2016 roku, że nie jest wykluczone odwołanie całej imprezy⁶.

Oprócz problemów związanych z islamskim terroryzmem, szereg kłopotów sprawiła sama organizacja i lokalizacja ŚDM. Na kilka miesięcy przed wizytą Ojca Świętego krakowscy policjanci i urzędnicy przyznawali, że przygotowanie imprezy jest niezwykle kłopotliwe oraz ciężko będzie znaleźć miejsce, w którym mogłaby odbyć się msza z udziałem papieża. Podnoszono, że zarówno Błonia (na których odbywały się spotkania z Janem Pawłem II), jak i Brzegi niosą za sobą szereg zagrożeń dla wiernych uczestniczących w nabożeństwie⁷.

Ostatecznie wydarzenie odbyło się bez poważniejszych zakłóceń porządku publicznego. Niniejszy artykuł ma na celu zaprezentować w jaki sposób państwo polskie, od strony prawnej, zapewniło bezpieczeństwo pielgrzymom⁸.

² E. Guerriero, G.M. Impagliazzo, *Najnowsza historia Kościoła*, Kraków 2006, s. 23.

³ Tylko w lipcu 2016 roku doszło do zamachów w Nicei (14 lipca – 84 ofiar śmiertelnych), strzelaniny w Monachium (22 lipca – 9 zabitych), zamachu bombowego w Ansbach (24 lipca – 1 ofiara śmiertelna). W dniu rozpoczęcia ŚDM (26 lipca) we Francji doszło z kolei do mordu na katolickim kapłanie wewnątrz kościoła w Saint-Étienne-du-Rouvray.

⁴ <http://www.dzienniklodzki.pl/religia/swiatowe-dni-mlodziezy/a/udaremniony-zamach-na-sdm-2016-w-lodzi-zatrzymano-irakijczyka-planowal-zamach-w-krakowie,10440454/>, 30.05.2017.

⁵ <http://www.fakt.pl/wydarzenia/polityka/ujawniamy-plany-terrorystow-chcieli-rozjechac-tlum-na-sdm/bes4gbm>, 30.05.2017.

⁶ <http://www.fakt.pl/wydarzenia/polityka/pawel-soloch-swiatowe-dni-mlodziezy-moga-byc-odwolane/83vqyjc>, 30.05.2017.

⁷ <http://www.newsweek.pl/polska/swiatowe-dni-mlodziezy-jak-wyglada-organizacja-ile-beda-kosztowac-,artykuly,382186,1.html>, 30.05.2017.

⁸ Odnotować można fakt, że pomimo obecności setek tysięcy pielgrzymów w Krakowie, liczba zakłóceń porządku publicznego nie tylko nie wzrosła, ale niemalże dziesięciokrotnie zmalała; <http://www.tvp.info/26358303/papiez-przywiozl-do-krakowa-pokoj-policja-odnotowala-na-sdm-dziesiec-razy-mniej-zdarzen>, 30.05.2017.

2. Przyjęcie specustawy o Światowych Dniach Młodzieży

22 lutego 2016 r. zgłoszony został przez Ministra-członka Rady Ministrów Beatę Kempę projekt ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z organizacją wizyty Jego Świątobliwości Papieża Franciszka w Rzeczypospolitej Polskiej oraz Światowych Dni Młodzieży – Kraków 2016⁹. Ustawa została jednogłośnie przyjęta przez Sejm 18 marca 2016 roku, tego samego dnia Senat zdecydował się nie wnieść poprawek i 21 marca przekazano ustawę Prezydentowi RP do podpisu, co uczynił dzień później.

Ratio legis niniejszej regulacji stanowił fakt, że ustawa z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych, która tworzy normy prawne zapewniające bezpieczeństwo podczas różnego typu wydarzeń cechujących się dużą liczbą uczestników, zawiera w art. 3 definicję imprezy masowej, a są nimi (za pewnymi wyjątkami) imprezy masowe artystyczno-rozrywkowe oraz masowe imprezy sportowe, w tym mecze piłki nożnej. Imprezami artystyczno-rozrywkowymi są zaś „imprezy o charakterze artystycznym, rozrywkowym lub zorganizowane publiczne oglądanie przekazu telewizyjnego na ekranach lub urządzeniach umożliwiających uzyskanie obrazu o przekątnej przekraczającej 3 m” organizowane na stadionach lub halach sportowych określonego w ustawie typu¹⁰. Nie wdając się więc w dalej idące szczegóły dotyczące charakteru imprez masowych stwierdzić należy jednoznacznie, że do Światowych Dni Młodzieży, jako wydarzenia religijnego, ustawa ta nie mogła mieć zastosowania. Minister Paweł Majewski, pełnomocnik rządu ds. przygotowania Światowych Dni Młodzieży 2016, tłumaczył, że „specustawa dała narzędzia prawne do tego, żeby wykonać pewne zadania ponadstandardowe. Otóż ŚDM nie mieszczą się w pojęciu ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych, ponieważ na takie wydarzenia, jak Msze, nie trzeba mieć pozwolenia – to łamałoby konkordat”¹¹. Minister miał na myśli art. 8 konkordatu, który w ust. 1 „zapewnia Kościołowi Katolickiemu wolność sprawowania kultu”¹².

Można również przypomnieć, że kilka lat wcześniej Polska, wraz z Ukrainą, była gospodarzem Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012 i wówczas stosowana specustawa dotycząca przygotowania wydarzenia, w którym udział również miały brać miliony obcokrajowców, została uchwalona¹³.

⁹ Proces legislacyjny specustawy dostępny na stronie Rządowego Centrum Legislacji – <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12282400>, 30.05.2017 oraz stronie Sejmu RP – <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=RPL&Id=RM-10-27-16>, 30.05.2017.

¹⁰ Dz.U. z 2015, poz. 2139.

¹¹ Narodowe Centrum Kultury, Instytut Statystyki Kościoła Katolickiego, Stowarzyszenie Gmin i Powiatów Małopolski, Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Instytut Adama Mickiewicza, *Światowe Dni Młodzieży Kraków 2016. Wybrane wyniki badań*, Warszawa 2016, s. 95.

¹² Dz.U. z 1998, Nr 51, poz. 318.

¹³ Dz.U. z 2007, Nr 173, poz. 1219.

3. Przepisy dotyczące bezpieczeństwa w specustawie o ŚDM

Kwestie związane z bezpieczeństwem i porządkiem publicznym regulował rozdział 2 ustawy¹⁴. Nakładał on szereg obowiązków oraz przyznawał szerokie kompetencje administracji rządowej.

Właściwy wojewoda, w porozumieniu z organizatorem ŚDM, czyli Archidiecezją Krakowską (art. 2 ustawy) miał opracować plan zapewniający bezpieczeństwo i porządek publiczny podczas imprezy i przedłożyć go Komendantowi Głównemu Policji, Komendantowi Głównemu Państwowej Straży Pożarnej, Szefowi Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Szefowi Biura Ochrony Rządu nie później niż do 15 maja 2016 roku (art. 4 ust. 1). Program miał zawierać graficzny plan każdego obiektu (lub terenu) na którym miały odbywać się poszczególne wydarzenia w ramach ŚDM, wraz z jego opisem, który zawierać miał oznaczenie dróg dojścia i rozejścia się uczestników wydarzeń, dróg ewakuacyjnych, w tym dróg i sposobu ewakuacji osób niepełnosprawnych, a także dróg dojazdowych dla służb ratowniczych, Policji i innych służb zapewniających bezpieczeństwo pielgrzymom oraz Ojcu Świętemu. Oznaczone miały zostać również stałe punkty pomocy medycznej, namioty szpitalne, punkty z wodą przeznaczoną do celów przeciwpożarowych oraz punkty informacyjne, hydranty przeciwpożarowe, zawory, przyłącza wody, gazu, energii elektrycznej oraz inne elementy mające wpływ na bezpieczeństwo uczestników ŚDM. W planie pojawić się musiały także informacje o rozmieszczeniu służb porządkowych oraz informacyjnych, rozmieszczeniu pielgrzymów wraz z ewentualnym rozdzieleniem ich w sektorach, a także dane na temat lokalizacji parkingów i zbiórek grup zorganizowanych uczestników podczas poszczególnych wydarzeń oraz stref szczególnych podlegających wzmocnionej ochronie wraz z opisem sposobu ich zabezpieczenia (art. 4 ust. 2).

Przygotowany przez wojewodę plan miał też zawierać instrukcję postępowania przypadku pożaru lub innego miejscowego zagrożenia, zgodną z wymaganiami pojawiającymi się w przywoływanej już wcześniej ustawie o bezpieczeństwie imprez masowych. Ustawodawca nakładał też obowiązek umieszczenia informacji o liczbie miejsc, w tym miejsc stojących, dla pielgrzymów uczestniczących w danym wydarzeniu w ramach ŚDM, przewidywanych zagrożeniach bezpieczeństwa i porządku publicznego i – w konsekwencji – liczbie, organizacji, oznakowaniu i wyposażeniu służb zabezpieczających imprezę oraz służb informacyjnych, a także imię i nazwisko osoby wyznaczonej do kontaktów z Policją, Państwową Strażą Pożarną oraz ABW w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego, bezpieczeństwa pożarowego oraz bezpieczeństwa antyterrorystycznego. Wreszcie, ustawodawca nałożył też obowiązek umieszczenia informacji o tym, w jaki sposób identyfikowane będą osoby biorące udział w ŚDM (art. 4 ust. 3–6).

Policja uzyskała kompetencję do pobierania, uzyskiwania, gromadzenia, sprawdzania, przetwarzania i wykorzystywania informacji, w tym danych osobowych, osób stanowiących zagrożenie dla bezpieczeństwa i porządku publicznego, w tym poza granicami RP, jeżeli istniało uzasadnione przypuszczenie, że osoby te będą przebywać na terytorium Polski, uzyskane lub przetworzone przez inne organy, służby i instytucje państwowe, również w wyniku wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych, uzyskane lub

¹⁴ Dz.U. z 2016, poz. 393.

przetworzone przez organy ścigania innych państw, osób zarejestrowanych jako uczestnicy ŚDM bądź wolontariusze, także bez wiedzy i zgody tych osób, w celu zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego podczas trwania imprezy oraz w celu zapobiegnięcia przestępstwom i wykroczeniom (art. 5 ust. 1). Informacje te przetwarzać można było jednak nie dłużej niż do 30 września 2016 roku (art. 7 ust. 1). W zakresie ewentualnego udostępniania przez Policję tych danych organom władzy publicznej oraz innym służbom i instytucjom państwowym i międzynarodowym, ustawodawca posłużył się odesłaniem do ustaw z dnia 6 kwietnia 1990 roku o Policji, z dnia 29 kwietnia 1997 roku o ochronie danych osobowych, 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych oraz umów międzynarodowych (art. 6 ust. 1). Udostępnianie danych przez Policję, które uzyskała ona od innych organów, było możliwe pod warunkiem uzyskania ich zgody, gdy udostępnienie tych informacji nie utrudniłoby bądź nie uniemożliwiło realizację zadań tego organu, służby lub instytucji (art. 6 ust. 2). Bez tej zgody Policja zobligowana była do odmowy udzielenia informacji (art. 3 ust. 3 pkt 2). Odmowa udostępnienia informacji miała nastąpić również wtedy, gdy ich udostępnienie mogło utrudnić lub uniemożliwić realizację zadań powierzonych i wykonywanych przez Policję (art. 3 ust. 3 pkt 1).

Osobami będącymi szczególnie blisko Ojca Świętego oraz innych ważnych osób, a także mogącymi potencjalnie stanowić zagrożenie dla tłumu, byli wolontariusze – posiadający większe uprawnienia niż zwykli pielgrzymi – wśród których mogli znaleźć się zamachowcy. Policja uzyskała więc możliwość by, na wniosek upoważnionego przedstawiciela organizatora ŚDM, dokonywać sprawdzenia osoby zarejestrowanej jako wolontariusz pod kątem możliwości stwarzania przez taką osobę zagrożenia dla bezpieczeństwa i porządku publicznego podczas imprezy. Pod kątem zagrożenia terrorystycznego czynności te dokonywać miała, na żądanie Policji, ABW (art. 8 ust. 1). Policja, przedstawiając upoważnionemu przedstawicielowi organizatora – na jego wniosek – opinię o wolontariuszu, gromadziła stosowne dane na podstawie informacji zgromadzonych w zbiorach prowadzonych przez Policję lub jej dostępnych wraz z opinią przedstawioną przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego na temat potencjalnego ryzyka dokonania ataku terrorystycznego przez daną osobę (art. 8 ust. 2). Policja mogła wydać negatywną opinię na temat dalszej współpracy z wolontariuszem ŚDM (art. 8 ust. 3). Opinia nie tylko nie wymagała uzasadnienia i nie podlegała zaskarżeniu (art. 8 ust. 4), ale – w przypadku braku rekomendacji do dalszej współpracy – miała zostać przekazana Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Biuru Ochrony Rządu.

Ustawa przyznała też specjalne uprawnienia funkcjonariuszom Straży Ochrony Kolei. W trakcie wykonywania zadań nałożonych na SOK w ustawie z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie drogowym (tj. w ramach kontroli przestrzegania przepisów porządkowych na obszarze kolejowym, w pociągach i innych pojazdach kolejowych oraz ochrony życia i zdrowia ludzi oraz mienia na obszarze kolejowym, w pociągach i innych pojazdach kolejowych¹⁵) strażnicy mogli rejestrować przy użyciu środków technicznych obraz i dźwięk zdarzeń na obszarze kolejowym, w pociągach oraz innych pojazdach kolejowych, w sytuacjach, w których tego typu czynności były niezbędne dla utrwalenia dowodów, że doszło do popełnienia wykroczenia lub przestępstwa w trakcie trwania ŚDM (art. 10

¹⁵ Dz.U. z 2016, poz. 1727.

ust. 1 pkt 1). Rejestracja dźwięku i obrazu mogła mieć charakter bezpośredni, zdalny (za pomocą stosownych urządzeń teleinformatycznych działających na odległość), jawny bądź przy użyciu metod uniemożliwiających osobom nieupoważnionym ustalenie faktu prowadzenia przez SOK obserwacji i rejestracji. Czynności te musiały zostać stosownie odnotowane przez funkcjonariusza¹⁶. Obraz lub dźwięk musiał zostać zniszczony nie później niż po upływie 30 dni od zarejestrowania (art. 10 ust. 3). Funkcjonariusze mogli też, w analogicznych okolicznościach, przeglądać zawartość bagaży (art. 10 ust. 1 pkt 2).

Dodatkowo ustawa umożliwiła udzielenie wsparcia w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego przez Ministra Obrony Narodowej (art. 30 ust. 1). Na analogicznych zasadach jak w przypadku SOK, Żandarmeria Wojskowa – na terenach jednostek wojskowych i instytucji podległych lub nadzorowanych przez Ministra Obrony Narodowej – mogła rejestrować obraz i dźwięk (art. 30 ust. 4).

4. Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji

Oprócz specustawy, z racji na ŚDM wydane zostały dwa inne istotne akty prawne. Obydwa wydane zostały przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji.

Pierwszy z nich, z dnia 20 maja 2016 r., wprowadzał zakaz noszenia i przemieszczania stanie rozładowanym wszelkiego rodzaju broni na obszarze województwa małopolskiego oraz śląskiego (Ojciec Święty odwiedził również Częstochowę) w okresie od 20 lipca do 1 sierpnia 2016 roku. Rozporządzenie to wprowadzało zresztą analogiczny zakaz na obszarze miasta stołecznego Warszawy w związku z szczytem NATO¹⁷. Jak argumentowano: „wprowadzony zakaz zmniejszał ryzyko wystąpienia zagrożenia dla bezpieczeństwa i porządku publicznego”, gdyż eliminował ryzyko utraty broni przez jej legalnego posiadacza i „dostania się jej w ręce osób niepowołanych”¹⁸.

Drugim wydanym aktem było Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 1 czerwca 2016 r. w sprawie przywrócenia tymczasowo kontroli granicznej osób przekraczających granicę państwową stanowiącą granicę wewnętrzną. Na podstawie art. 17a ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej przywrócono tymczasowo kontrolę graniczną osób przekraczających granicę wewnętrzną RP na okres od 4 lipca do 2 sierpnia 2016 r. Podobnie jak w poprzednim przypadku, decyzja ta uzasadniona była zarówno Światowymi Dniami Młodzieży, jak i organizacją szczytu NATO w Warszawie. Kontrolę graniczną przywrócono na granicy z Republiką Czeską, Republiką Federalną Niemiec, Republiką Litewską i Republiką Słowacką, a także w portach morskich i lotniczych stanowiących granicę wewnętrzną w rozumieniu kodeksu granicznego Schengen¹⁹. Z oczywistych względów nie było po-

¹⁶ Dz.U. z 2015, poz. 1565; art. 10 ust. 1, w zakresie wykonywania czynności polegających na rejestracji dźwięku lub obrazu, odsyłał do art. 15 ust. 8 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, na mocy którego z kolei zostało wydane Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 września 2015 r. w sprawie postępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień policjantów.

¹⁷ Dz.U. z 2016, poz. 715.

¹⁸ <https://www.mswia.gov.pl/pl/aktualnosci/14559,Rozporzadzenie-o-czasowym-zakazie-noszenia-broni-i-przemieszczania-jej-w-stanie-.html>, 30.05.2017.

¹⁹ Dz.U. z 2016, poz. 840.

trzeby przywracania kontroli granicznej z Ukrainą, Republiką Białorusi oraz Federacją Rosyjską. Podobne rozwiązanie, na okres od 4 czerwca do 1 lipca 2012 roku, zastosowano przy okazji organizacji Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej²⁰.

5. Inne regulacje

Spośród innego rodzaju aktów przywołać można „Regulamin Światowych Dni Młodzieży w Krakowie *Campus Misericordiae* 29–31.07.2016 r.”, który zakazywał wnoszenia na teren Pola Miłosierdzia oraz używania broni, niebezpiecznych przedmiotów, materiałów pirotechnicznych, środków odurzających, napojów alkoholowych, substancji psychotropowych, opakowań szklanych, butli gazowych oraz innych materiałów mogących wywołać pożar.

Służby porządkowe uprawnione zostały do legitymowania osób, przeglądania zawartości bagaży i odzieży celem wykrycia wymienionych wyżej przedmiotów, a także wydawania poleceń porządkowych. W regulaminie przewidziano też, znane wszak z norm kodeksowych, prawo do ujęcia celem niezwłocznego przekazania policji, osób stwarzających bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego oraz chronionego mienia. Takie osoby miały być niewpuszczane przez służby porządkowe bądź usuwane z miejsca spotkań z Ojcem Świętym. Organizator ŚDM uprawniony był do utrwalenia przebiegu wydarzenia przy pomocy urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk²¹.

Na marginesie można odnotować fakt, że pomimo – jak twierdziły niektóre media – nacisków ze strony rządu, władze samorządowe miasta Krakowa nie zdecydowały się na wprowadzenie prohibicji w czasie trwania Światowych Dni Młodzieży²², co zdarzało się podczas wcześniejszych pielgrzymek papieskich²³.

6. Podsumowanie

Światowe Dni Młodzieży okazały się ogromnym sukcesem. W kulminacyjnym momencie w spotkaniu młodych chrześcijan z Ojcem Świętym brało udział ok. 1,5 miliona osób. O porządek i bezpieczeństwo pielgrzymów oraz Najwyższego Kapłana dbało ponad 20 tysięcy funkcjonariuszy Policji, 890 funkcjonariuszy i pracowników BOR, 11 650 funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz 5200 żołnierzy Sił Zbrojnych RP, przy użyciu około 1000 jednostek sprzętu takich jak śmigłowce czy samoloty wojskowe²⁴.

Sprawny przebieg wydarzenia był rezultatem nie tylko profesjonalizmu polskich służb, ale również odpowiednich regulacji prawnych. Wprowadzanie tzw. specustaw za każdym razem może budzić pytanie o ich zasadność, należy jednak wziąć poprawkę

²⁰ Dz.U. z 2012, poz. 566.

²¹ <http://archive.krakow2016.com/campus-misericordiae-pl.html>, 30.05.2017.

²² <http://krakow.wyborcza.pl/krakow/1,44425,20241936,prohibicja-podczas-sdm-rzad-naciska-papieznie-popiera.html>, 30.05.2017; <http://www.tvn24.pl/krakow,50/nie-bedzie-prohibicji-podczas-swiatowych-dni-mlodziezy,649277.html>, 30.05.2017.

²³ <https://www.wprost.pl/90480/Prohibicja-w-stolicy-na-czas-pielgrzymki-papieza>, 30.05.2017.

²⁴ <http://rcb.gov.pl/zabezpieczenie-swiatowych-dni-mlodziezy-podsumowanie/>, 30.05.2017.

na fakt, jak wielką odpowiedzialność na siebie przyjmuje państwo goszcząc setki tysięcy osób z całego świata podczas takich imprez jak EURO czy ŚDM. Zarówno jednak ten akt, jak i inne tymczasowe regulacje wprowadzone na czas trwania imprezy, były nie tylko stosunkowo mało opresyjne (biorąc pod uwagę skalę potencjalnych zagrożeń), ale i okazały się niezwykle skuteczne.

Na marginesie niniejszego artykułu można zauważyć również, że w trakcie trwania Światowych Dni Młodzieży obowiązywała już tzw. ustawa antyterrorystyczna, której treść, między innymi, zmieniła w ustawie z dnia 18 marca 2016 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z organizacją wizyty Jego Świątobliwości Papieża Franciszka w Rzeczypospolitej Polskiej oraz Światowych Dni Młodzieży – Kraków 2016 przepisy w taki sposób, że Minister Obrony Narodowej mógł udzielić wsparcia medycznego podczas ŚDM²⁵. Przywoływany już pełnomocnik rządu Paweł Majewski argumentował, że dzięki zawartym w ustawie antyterrorystycznej przepisom udało się utworzyć most powietrzny, a służby uzyskały uprawnienia, dzięki którym mogły podejmować odpowiednie działania celem neutralizacji potencjalnych zagrożeń. Wojsko uzyskało uprawnienia do pomocy cywilom, dzięki czemu mógł powstać szpital polowy na lotnisku w Balicach przygotowany do udzielania pomocy medycznej osobom, dla których zabrakło miejsca w krakowskich szpitalach²⁶. Argumenty te mogą służyć na korzyść kontrowersyjnej ustawy w ramach potencjalnej dyskusji nad koniecznością jej funkcjonowania w polskim porządku prawnym.

* * *

Security of World Youth Day Krakow 2016 – Special Law

The World Youth Day organization is a complex challenge, especially in the times of Islamic terrorism. The necessity to secure pilgrims and the Holy Father during the Cracow event in 2016 resulted in several legal acts, among which the most important was the special law granting the Police officers and other services additional powers and obliging voivode to prepare special plan. Its introduction was necessary because WYD could not be treated as a „mass event” within the meaning of the relevant law, which regulates security issues during artistic performances or sports competitions. In addition, the Minister of Interior and Administration issued appropriate regulations concerning prohibition of firearms transfer during the event and also temporarily restored border control with Schengen states. The Regulations of Field of Mercy also recognized the relevant service of the World Youth Day.

It should also be noted that WYD was one of the first mass events that took place after the entry into force of the Anti-terrorist law.

Key words: World Youth Day, special law, Police, security, terrorism

²⁵ Dz.U. z 2016, poz. 904.

²⁶ <http://www.defence24.pl/619174,ustawa-antyterrorystyczna-zdala-egzamin,30.05.2017>.

Marcin Biskupski¹

Physician-assisted Suicide. Reflections on the Possibility of Legalization on the Basis of the Polish Legal System

Abstract:

Physician-assisted suicide is one of the current moral dilemmas around which a debate in contemporary countries is conducted. This debate, with increasing intensity, also takes place in Poland. The article in the first part focuses on explaining the concepts relevant to the debate, proper understanding of which is necessary for further consideration. Then the article makes an attempt to present and evaluate arguments raised by supporters and opponents of legalization of this procedure. The text also touches upon the issue of Polish legal regulations focused on this subject as well as problems and difficulties, which are necessary in the context of Polish debate on medically assisted suicide and is a prerequisite for further consideration of possibility of legalization of this procedure in the Polish legal system.

Key words: physician-assisted suicide, euthanasia, Constitution, Criminal Code, Code of Medical Ethics

1. Introduction

Over the last few decades we can observe an increase in intensity of the debate about physician-assisted suicide and euthanasia. Since the 1970s, when some attempts were taken in the Netherlands to legalize those procedures, societies of more and more countries are wondering about legalization physician-assisted suicide or euthanasia. We can observe an increasing debate on this topic also in Poland. A thorough analysis of this issue

¹ An author is a 5th year student of law at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University.

in the Polish legal system has to be conducted in two aspects: what are the arguments for and against the legalization, presented by supporters and opponents of the legalization, and not less important whether the Polish legal system allows legalization of physician-assisted suicide or euthanasia.

2. Distinction between the concepts

At the very beginning of the consideration about possibility of legalization physician-assisted suicide, the most important concepts have to be explained. Polish debate, but also discussions taking place in other countries, involves confusion of terms – physician-assisted suicide is often mistaken for euthanasia and as the euthanasia are often understood behaviours which has nothing in common with it and are murders².

We have to demarcate the main concepts: physician-assisted suicide, suicide, euthanasia and murder. The concept of murder and suicide seems to be the least controversial. Defining murder we can base at the statutory definition from the Polish Criminal Code. In the article 148 Polish Criminal Code states that whoever kills a human being shall be subject to the penalty of the deprivation of liberty for a minimum term of 8 years, the penalty of deprivation of liberty for 25 years or the penalty of deprivation of liberty for life³. Both terms of euthanasia and physician-assisted suicide are defined by various definitions and can be understood in many ways. In order to conduct those consideration, let us adopt the definitions which are the least controversial. As a physician-assisted suicide we shall therefore understand a thought through and intentional help offered by a doctor to a patient to commit suicide, which is motivated by the desire to relieve their suffering. Physician-assisted suicide consists in prescribing medicines by a doctor, which are taken by a patient in the intention of committing suicide. Prescribing the medicines is made on the fully voluntary and competent demand of a patient. This definition is not fully compatible with the statutory definition from the article 151 of the Polish Criminal Code, which states ‘whoever by persuasion or by rendering assistance induces a human being to make an attempt on his own life shall be subject to the penalty of the deprivation of liberty for a term of between 3 months and 5 years’. Polish Criminal Code thus states two differences in relation to the aforementioned definitions: it is universal crime, which means that it can be committed by everyone, not only by a doctor, and moreover – responsibility of perpetrator is related with at least making an attempt of suicide.

As an euthanasia we shall understand a thought through and intentional help offered by a doctor to a patient to end their life, which is motivated by desire to relieve their suffering. The difference between euthanasia and physician-assisted suicide relies on the role of doctor in the act of ending patient’s life. In committing euthanasia an active role of the doctor is needed, whose action would cause the patient’s death. The term of euthanasia is definitely more capacious because we can point at various

² M. Aramini, *Bioetyka dla wszystkich*, Cracow 2011, p. 254.

³ Act of 6th June 1997 – Criminal Code of the Republic of Poland. As published in *Dziennik Ustaw* No. 88, item 553.

types of euthanasia – voluntary, involuntary, nonvoluntary. That is why this problem requires another, separate analysis and will not be explored in this article. The issues of euthanasia have some common aspects with the issues of physician-assisted suicide but shall be understood as a different issue. That is why main considerations focus on the assisted suicide and mention euthanasia only for stressing the differences between these two cases. The main difference between physically-assisted suicide and euthanasia is based on the person whose action causes patient's death. In the act of assisted suicide doctor delivers medicines, but patient's death is caused by the action taken by themselves, whereas euthanasia consists of causing patient's death by doctor's activity, for example by a lethal injection.

3. Arguments for legalization of physician-assisted suicide

The main argument for legalization of assisted suicide is based on the self-determination right. The Article 31 section 2 of the Constitution of the Republic of Poland⁴ states that everyone shall respect freedoms and rights of others. No one shall be compelled to do what is not required by the law. On the basis of this guaranteed freedom, everyone has the right to present different philosophical or religious beliefs, also on the attitude to the moment of the end of life. That is why some people can be interested in extending their lives as long as possible, whereas others can ask for a measure which let them end lives at the moment that will, in their opinion, be the best. Moreover, we have to stress that an unquestionable patient's right is to decide whether to undergo the treatment, including the life-rescuing treatment or not⁵. If patient is empowered to decide about taking up and conducting the treatment, thus it is justified to let them decide about suicide and to get medical help to commit it⁶. Incontestable is also the fact that human – as a rational individual – can make decisions and decide what is the best for them in a particular situation. Thus there is no need to refuse helping patient in committing suicide if they consider that such action is the best for them. On the other hand, we can point out that there are situations when patient declares will to end their life, whereas – due to for example mental disorders – they cannot rationally discern their best interest. Those concerns should be taken into consideration by legislator, whose role is to introduce proper safety mechanisms to counteract abuses.

Moreover, supporters of the right to assisted suicide point out that if the patient without any reasonable doubt clearly declares to the doctor their will to end life due to obnoxious pain and the doctor does not carry out their wish, the doctor in fact leaves the patient without help. The behavior of the doctor is in fact forcing the patient to anxious and painful death. We can point at two kinds of pain which patient has to contend – the physical and the mental one. The physical pain is undoubtedly

⁴ The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April 1997. As published in Dziennik Ustaw No. 78, item 483.

⁵ S.M. Wolf, *Physician-Assisted Suicide*, Clinics in Geriatric Medicine 2005, 21, p. 183.

⁶ D.W. Brock, *Samobójstwo z pomocą lekarza bywa moralnie uzasadnione* [in:] *Wokół śmierci i umierania*, red. W. Galewicz, Cracow 2009, p. 261.

unpleasant, but nowadays doctors know how to deal with it successfully. After decades of understanding pain as an inherent part of therapy doctors are able to minimize pain and in hospitals special pain-clinics are formed, which role is to minimize pain during therapy. Other question is whether all doctors know how to deal with patient's pain and offer them effective solutions to minimize it. But besides the physical pain, we also have to mention the mental one. Realising how important reason for making a decision of ending life can mental pain be, provides us to conclusion that this pain can justify legalization of physically-assisted suicide basing on the mercy. Some authors, for example Don Marquis, stand that indelible mental pain is a sufficient argument to legalize assisted suicide and none of the other arguments can undermine it⁷.

4. Arguments against legalization

The main argument against legalization of physically-assisted suicide is based at the theory of sanctity of life. In the doctrine of the Catholic Church human lives are sacred because there were given to us by God and only God can decide about giving and taking human lives. All acts which are taken against life given to us by God – abortion, euthanasia, suicide – are seen as a sacrilege due to an unlawful embezzlement of God's property. This argument definitely cannot be disproved for those people who declares themselves as Catholics. But this argument finds no reason if we adopt other religious or philosophical position. Negation the role of God in human lives result in rejecting this argument and provides us to expose commonly accepted conception of freedom which let people decide about their lives, including the moment of ending it. Moreover, some opponents of the physician-assisted suicide point at that sanctity of life results from our traditions and intuitive moral sense. That is why the sanctity of life should be an important argument not only on the basis of the religion. But on the other hand, supporters of physician-assisted suicide point at that life has to be seen as a supremely valuable, not in the abstract, but for something or to someone. If the life in question is an unwanted burden to the person who is living that life, does the value or sanctity of life in the abstract justify requiring its continuation?⁸

Another argument, which is raised by the opponents of legalization, is based on the patient's will. As we can see, the argument based on the patient's will is raised both by supporters and opponents of legalization, but the same argument lead them to different conclusions. The opponents point at that legalization will marginalize the patient's will due to the pressure exerted on the patient, for example by their family. A terminally ill patient will feel that the death is their duty, not to be a burden for their family, may be motivated by the guiltiness and can be more prone to family's expectation to end their life⁹. However, the problem stressed in this argument by the opponents of legalization is not a problem connected with legalization from its

⁷ D. Marquis, *Słabość argumentu za legalizacją samobójstwa z pomocą lekarza* [in:] *Wokół śmierci i umierania*, red. W. Galewicz, Cracow 2009, p. 310.

⁸ G. DuVal, *Assisted suicide and the notion of autonomy*, *Ottawa Law Review* 1995, Vol. 27, p. 13.

⁹ K. Szewczyk, *Bioetyka. Medycyna na granicach życia*, Warsaw 2009, p. 374.

essence but in fact is a problem connected with proper configuration of the procedure. If the procedure is configured correctly, so as to oblige the doctor to get to know the patient's motivation and to consult with the patient's family, so as to get know their attitude to the patient's will, we will find out that this argument becomes invalid. This argument should not be found relevant whether to legalize physician-assisted suicide or not, but rather how it should be formed and executed, and which safety mechanism should be introduced so as to counteract the malpractice. Moreover, we can observe that in the countries which enacted in their laws physician-assisted suicide special effective safety mechanisms had been implemented, so as the risk of malpractice has been minimized what will be analysed further in the text.

In addition, the opponents argued that a patient who is asking for help to commit suicide in fact wants to show that they feel lonely in the situation when none of the procedures implemented to relieve pain are successful and that such patient just asks for help¹⁰. This argument has to be found relevant due to the study of statistics, which shows that still not enough terminally ill patients get an effective palliative care to help them to minimize pain. There is no doubt that in the last 15 years situation in palliative care in Poland has been a little bit improved, but still is not at the satisfying level. That gives Poland the far, 16th place of all European countries in the Quality of Death Index¹¹.

5. Examples of countries, in which jurisdiction legalized physician-assisted suicide

Jurisdictions of some countries legalized physician-assisted suicide. A brief review shall help us to analyse conditions under which this procedure is legal in those countries. The first country is the Netherlands, which legalised euthanasia and physician-assisted suicide under the Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act passed in 2001, which entered into force on 1st April 2002¹². First of all it has to be said that under this law a physician-assisted suicide is not punishable if it is committed by a doctor who acts in accordance with criteria of due care. Those criteria are:

1. Patient's request should be voluntary and well considered.
2. Patient's suffering should be unbearable and without prospect of improvement.
3. Patient should be informed about their situation and prospects.
4. There are no reasonable alternatives.
5. Another, independent physician should be consulted.
6. Termination of life should be performed with due medical care and attention.

¹⁰ M. Aramini, *op.cit.*, p. 288–289.

¹¹ Economist Intelligence Unit. The 2015 Quality of Death Index. Ranking palliative care across the world. London, New York, Hongkong, Genewa: The Economist Newspaper 2015, <https://eiuperspectives.economist.com/sites/default/files/2015%20EIU%20Quality%20of%20Death%20Index%20Oct%2029%20FINAL.pdf>, 14.05.2018.

¹² The Dutch Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act, <https://www.worldtrd.net/dutch-law-termination-life-request-and-assisted-suicide-complete-text>, 20.05.2018.

Under this law, according to the article 293 section 2 of the Dutch Criminal Code, the only person who cannot take responsibility for patient's death is a doctor, thus any other person who helps patient to commit suicide will take the responsibility for their death¹³. Even if a non-doctor acts in accordance with the criteria of due care, they will have to take the responsibility for patient's death. Under section 293 clause 1 of Criminal Code of the Netherlands any person who terminates life of another person at that other person's express and earnest request, shall be liable to a term of imprisonment not exceeding twelve years or a fine of the fifth category. Moreover, we have to say that under the Dutch bill, physician-assisted suicide is allowed when patient is at least twelve years old, but for ending life of patients who are between 12 and 16 years old consent of both parents is required.

A slightly different procedure of physician assisted suicide is regulated by the law adopted in Oregon, USA. In 1997 it has been legalised under the Death with Dignity Act¹⁴ but only for terminally ill, mentally competent adult patients. Also in Oregon specific criteria of due care have been adopted. First of all, a terminally ill person, who wants to end their life, has to be over 18 years old, be mentally competent and suffer terminal illness that will lead to death within 6 months. Moreover, we have to stress, that patient who wants to end their life has to express their will twice and between each request have to pass at least 15 days, what is called 'cooling off' period. This period is provided for eliminating cases when patients make their decision about finishing their lives on the spur of the moment. In addition, the request to doctor has to be expressed in written to dispel doubts and patients have to take the life-ending medication by themselves.

Comparing it to the Dutch regulation we can see that regulation passed in Oregon is definitely more restrictive. First of all, this procedure is provided only for people whose terminal illness will lead to death within 6 months, whereas in the Netherlands procedure is possible for terminally ill people whose suffering is without prospect of improvement. Moreover, in the Netherlands the procedure is available for people who are under 18 years old, what is forbidden in Oregon. The state Oregon also passed more strict criteria of due care – patient has to express their will twice and between each request have to pass minimum 15 days, thus patient has to reconsider their will, and moreover the request has to be expressed in written form. Such criteria of due care make the procedure of physician-assisted suicide long-lasting, but definitely helps to avoid doubts.

6. Conclusions

Taking all things into consideration we can say that numerous risen arguments support legalization of medically assisted suicide, or are against it. The discussion on this subject can take on a different character when it is considered on the Polish ground

¹³ Criminal Code of the Kingdom of Netherlands. Act of 3 March 1881, http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht_ENG_PV.pdf, 20.05.2018.

¹⁴ Oregon Death with Dignity Act (ORS 127.800–995), <https://www.oregon.gov/oha/PH/PROVIDERPARTNERRESOURCES/EVALUATIONRESEARCH/DEATHWITHDIGNITYACT/Documents/statute.pdf>, 20.05.2018.

than as it is in the Netherlands or in State Oregon, USA. While considering legalization of medically assisted suicide in Poland we cannot omit characteristic of Polish conditions. First of all we have to say that at present situation, introduction of physician-assisted suicide would be in conflict with the Penal Code or the Polish Code of Medical Ethics¹⁵. But in fact it is not a real problem, thus the legislative power can adopt amendments to those acts. In addition, we can stress that the Polish Criminal Code stands a little bit erratic. Article 150, which penalizes the act of euthanasia, states in paragraph two that in some extraordinary circumstances court may apply an extraordinary mitigation of penalty or even renounce its imposition in the case when the perpetrator kills a human being on their demand. The extraordinary mitigation is provided in the case of euthanasia, whereas it is not provided in article 151 which penalizes physician-assisted suicide. It is hard to find a substantiation why the court can even impose the penalty in case of killing person on their demand, whereas it is not provided for perpetrators who only help other people to commit suicide. Moreover, worth considering is the idea of differentiation of responsibility of a doctor, who commits euthanasia or helps patient to commit suicide, from responsibility of other people acting in those ways. Such amendments to the Polish Criminal Code will make Polish regulations more similar to the concepts of euthanasia and physician-assisted suicide in science, what was already mentioned.

Moreover, Kazimierz Szewczyk draws attention to the specific conditions of Polish society. He points the insufficient level of financing of health care. In comparison to the Netherlands, which generates about 10,58% of Gross Domestic Product for health care, in Poland for this purpose around 6,34% is used¹⁶. The increase of financing health care should include especially the areas of geriatrics and pain treatment so as to give the elderly suffering people chance to get an effective qualified medical care so as not to suffer pain. Opponents of assisted suicide indicate the argument of discrimination against older and terminally ill people, however, the comparison of the share of people over 80 in society shows that in the Netherlands it amounts to about 4,3%, while in Poland about 4%¹⁷. In addition, in Poland a substantive discussion on legalization prevents the low level of education of the society. The concepts are often confused, and the still-strong experiences of the Second World War make the „dr Mengele” patron come in favor of the ending of life¹⁸. Changes in the area of the aspects of finishing life should be started from increasing the financing of health care, especially in the areas of geriatrics and pain treatment. Moreover, in Poland a thorough debate about euthanasia and physician-assisted suicide should be conducted, which could help to understand

¹⁵ Compare it to the article 31 of the Polish Code of Medical Ethics, https://www.nil.org.pl/__data/assets/pdf_file/0003/4764/Kodeks-Etyki-Lekarskiej.pdf, 14.05.2018.

¹⁶ Data presented by the Eurostat. Current health care expenditures by all financing agents (total), as percentage of GDP, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Healthcare_expenditure_statistics#Health_care_expenditure, 14.05.2018.

¹⁷ Data presented by the OECD, Health at a glance 2017, <http://dx.doi.org/10.1787/888933605654>, 14.05.2018.

¹⁸ K. Szewczyk, *op.cit.*, p. 380–389.

those concepts and may eliminate untrue statements. Without those changes legalization of physician-assisted suicide – which in my opinion is needed – should not be implemented. At the very ending, I want to quote the case of Doctor Timothy Quill, cited by Peter Singer in his book. A doctor from Rochester prescribed barbiturate sleeping pills to a patient with leukemia. Before issuing the funds, however, he offered the patient a comfortable care in his hospice, consisting in reducing pain. The patient thanked him, but decided to deprive him of life¹⁹.

* * *

Medycznie wspomagane samobójstwo. Rozważania na temat możliwości legalizacji na gruncie polskiego porządku prawnego

Medycznie wspomagane samobójstwo jest jednym z aktualnych dylematów moralnych, wokół których toczy się debata we współczesnych krajach. Debata ta z rosnącą intensywnością odbywa się także w Polsce. Artykuł w pierwszej części skupia się na wyjaśnieniu pojęć istotnych z punktu widzenia prowadzenia debaty, których prawidłowe zrozumienie jest niezbędne dla dalszych rozważań. Następnie stanowi próbę prezentacji i oceny argumentów podnoszonych przez zwolenników, jak i przeciwników legalizacji tej procedury. Tekst porusza także kwestię polskich uregulowań prawnych skupionych wokół tej tematyki, a także problemów i trudności, których rozstrzygnięcie jest niezbędne na gruncie polskiej debaty w temacie medycznie wspomaganego samobójstwa i stanowi warunek konieczny do dalszych rozważań na temat możliwości legalizacji wspomnianej procedury na gruncie polskim.

Słowa kluczowe: medycznie wspomagane samobójstwo, eutanazja, Konstytucja, kodeks karny, kodeks etyki lekarskiej

¹⁹ P. Singer, *Etyka praktyczna*, Warsaw 2007, p. 190.

Gabriela Rauch¹

Problematyka śmierci w ujęciu prawno-etycznym

Streszczenie:

Przedmiotem artykułu jest przedstawienie problemu „umierania”, czyli ostatnich chwil życia człowieka w ujęciu filozoficznym i prawnym. Autorka w swoich rozważaniach koncentruje się głównie na problemie „uporczywej terapii” oraz stawia pytanie o to, co jest źródłem prawa do godnej śmierci, a także jak ten problem jest ujmowany w koncepcjach etycznych, zwłaszcza w etyce chrześcijańskiej.

Słowa kluczowe: śmierć, etyka chrześcijańska, godność, uporczywa terapia

1. Wprowadzenie

Tematyka końca życia jest kwestią szeroką i niezwykle skomplikowaną. Znajduje miejsce w rozważaniach przede wszystkim – ale nie wyłącznie – lekarzy, etyków, reprezentantów nauk społecznych, religii, jak również wymiaru sprawiedliwości. Jest to kwestia tym bardziej ciekawa, że dotyczy wszystkich ludzi razem i każdego człowieka indywidualnie.

Rozważania dotyczące śmierci są niemal tak stare jak ludzkość. Najstarsze odnalezione groby pochodzą sprzed około trzech tysięcy lat, co sugerować może, że już wówczas ludzie myśleli o śmierci rozmyślając o jej aspekcie duchowym. Starożytni zastanawiali się nad tzw. dobrą śmiercią, dla której Kratynos używa określenia *euthanatos*. W Chinach już w VII wieku przed Chrystusem rozróżniano śmierć we właściwym czasie, po osiągnięciu wysokiego wieku (*shou*) oraz śmierć przychodzącą zbyt wczesnie, w młodości (*yao*)². Śmierć jest doświadczeniem uniwersalnym, dlatego można

¹ Autorka jest studentką prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

² W. Bauer, *Das Stirnrunzeln des Totenkopfes Über die Paradoxie des Todes in der frühen chinesischen Philosophie* [w:] *Der Tod in den Weltkulturen und Weltreligionen*, red. C. von Barloewen, Frankfurt am Main 2000, S. 309.

dopatrzyć się znamion podobieństwa w rozważaniach tego zagadnienia na różnych szerokościach geograficznych. Zawsze łączy się z bólem, cierpieniem, poczuciem osamotnienia lub zaskoczeniem, że nadeszła właśnie w tym momencie. Jednakże tak samo jak wiele jest typów osobowości, tak wiele jest koncepcji by „dobrze” umrzeć – dla jednych dobra śmierć oznacza śmierć w obecności rodziny i najbliższych, są tacy, którzy wręcz odwrotnie – wolą umierać w samotności, by nie sprawiać innym bólu, dla innych jest to śmierć na wojnie. Wspólnym mianownikiem jest jednak to, że każdy chciałby umrzeć godnie, a pojęcie to rozumiane jest na wiele sposobów.

2.1. Godność ludzka

W artykule 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej czytamy: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. Prawa człowieka w dzisiejszym świecie są gwarantem podstawowych warunków życia i rozwoju, jak i przynajmniej minimum respektu ze strony władz i innych obywateli. Jan Paweł II uważał, że deklaracje rządów i grup społecznych dotyczących praw człowieka rozmijają się jaskrawo z faktami, przede wszystkim w zakresie respektowania prawa do życia każdego człowieka³. Prawa człowieka stały się standardem kulturowym świata zachodniego. Ranga, jaką mają prawa człowieka, sprawia, że nawet najwięksi gracze areny międzynarodowej zaprzeczają ich łamaniu w obawie przed napiętnowaniem ze strony opinii międzynarodowej. Prawa człowieka są ściśle związane z godnością istoty ludzkiej, a związek ten wyraża art. 1 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela mówiąc o tym, że wszystkie istoty ludzkie rodzą się wolne i równe w godności i prawach. Przepis ten znajduje swoje odzwierciedlenie w wielu europejskich konstytucjach, między innymi w cytowanej wyżej Konstytucji RP.

Godność ludzka jako idea nie jest czymś zupełnie nowym. Już w Starym Testamencie dostrzec możemy pośrednio wzmiankę o wyjątkowej pozycji człowieka, jako istoty stworzonej na obraz i podobieństwo Boga. Teksty biblijne zawierają również szereg innych wypowiedzi wskazujących na wysoki status człowieka⁴. Kwestią godności szeroko zajmowali się autorzy starożytni. W średniowieczu tematyka ta była mocno związana z filozofią średniowieczną i teologią partystyczną. Nie można przejść obojętnie nad wkładem Kanta w kwestię godności, którą uważał za wartość absolutną.

Kościół katolicki przywiązuje dużą wagę do godności ludzkiej i praw człowieka. Pojęcie „godność” w dokumentach Soboru Watykańskiego II pojawia się blisko 90 razy. Wedle Konstytucji duszpasterskiej o Kościele w świecie współczesnym godność osoby ludzkiej, jej niezwykłość i dostojeństwo wynikają stąd, że przerasta ona wszystkie rzeczy, które są na Ziemi⁵.

Godność człowieka jest trwale związana z jego wolnością, obejmując wszystkie dziedziny życia człowieka i wszelkie jego relacje: z Bogiem, sobą samym, bliźnimi,

³ W. Bołoz, *Znaczenie godności człowieka w bioetyce*, Bydgoszcz 2013.

⁴ F.J. Mazurek, *Godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka*, Lublin 2001, s. 23.

⁵ *Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym* [w:] *Sobór Watykański II. Konstytucje, dekrety, deklaracje*, Poznań 1968, nr 21.

społecznościami, z florą i fauną. Zdolność zarządzania swą wolnością, jak i kierowania własnym życiem, powiązana jest z rozumną naturą człowieka i posiadaną przez niego wolną wolą. Wynika to głównie z nauczania Kościoła katolickiego, jest jednakże też swego rodzaju standardem i punktem wyjścia w cywilizowanym świecie. Życie jest jednym z najcenniejszych darów od Boga dla człowieka, dlatego istnieje moralny i etyczny obowiązek by je chronić oraz promować. Obowiązek ochrony życia przyjmuje wymiar konstytucyjny poprzez zapis z artykułu 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej: „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”. Zasada ochrony życia w konstytucji wymaga jednakże doprecyzowania i wzmocnienia. Przyjmuje się, że ochrona życia ludzkiego ma charakter jednolity – oznacza to, że każde życie przedstawia taką samą wartość i nie można jej w żaden sposób różnicować⁶. Istnieją projekty postulujące dopisanie do tegoż artykułu zapisu, który mówiłby o ochronie życia od poczęcia do naturalnej śmierci. Kwestie ochrony życia poczętego nie będą poruszane w tym artykule, będzie on traktować głównie o prawie do godnej śmierci w warunkach klinicznych stanów terminalnych pacjentów.

Obowiązek ochrony życia istnieje w stosunku do życia własnego, jak i proporcjonalnie do możliwości odnosi się do ochrony osób trzecich, naturalnym jest zatem, że istnieje odpowiedzialność za życie i zdrowie rodziny, jak i to, że służba medyczna jest odpowiedzialna za życie powierzonych pod ich profesjonalną opiekę pacjentów. Przedstawiciele służb medycznych są gwarantem, czyli osobami, na których spoczywa – wynikający z ustawy, decyzji uprawnionego organu, umowy – prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi⁷, którym może być przykładowo ciężki uszczerbek na zdrowiu lub śmierć.

Kwestie godności istot ludzkich, jak i etyczności postępowania w sytuacjach kryzysowych są przedmiotem rozważań i sporów już od dawna. Dziś w dobie medykalizacji śmierci, rozwoju wiedzy medycznej i technologii dylemat dotyczący terapii nieprzynoszącej oczekiwanego skutku, terapii daremnej i uporczywej, odżywa i stajemy przed nim na nowo. Ilość i różnorodność zabiegów i medykamentów, do których obecnie mamy powszechny dostęp, zmienia się, co jest zjawiskiem pożądanym, a równocześnie doprowadzającym do zmian w zakresie uznania środków za „zwyczajne” i „nadzwyczajne”.

2.2. Pojęcie „uporczywej terapii”

Termin „uporczywej terapii” nie występuje w języku prawnym. Nie posiada więc swojej jednoznacznej definicji prawniczej. Pojęciem tym posługuje się Kodeks Etyki Lekarskiej, nie jest to jednakże kodeks w znaczeniu *stricte*, a jedynie zbiór zasad etycznych. O uporczywej terapii mówi się natomiast w kontekście prawa medycznego i prawa karnego. 29 czerwca 2008 roku Grupa Robocza ds. etycznych końca życia w ramach projektu badawczego „Granice Terapii Medycznych” jednogłośnie wypracowała następującą definicję uporczywej terapii: „Uporczywa terapia jest to stosowanie procedur medycznych w celu podtrzymania funkcji życiowych nieuleczalnie chorego, które przedłuża jego umieranie,

⁶ B. Michalski, *Komentarz do rozdziału XIX. Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, red. A. Wąsek, t. I, Warszawa 2006, s. 147.

⁷ Art. 2 k.k.

wiążąc się z nadmiernym cierpieniem lub naruszeniem godności pacjenta. Uporczywa terapia nie obejmuje podstawowych zabiegów pielęgnacyjnych, łagodzenia bólu i innych objawów oraz karmienia i nawadniania, o ile służą dobru pacjenta”⁸.

Definicja ta powiązana jest ściśle z okresem umierania. Należy jednak przyjrzeć się również terapii podejmowanej wcześniej, którą można określić mianem „terapii nieproporcjonalnej”. Pamiętać bowiem należy, że cel nie zawsze uświęca środki, a określenie terapii jako proporcjonalnej i odpowiedniej zależy będzie od kontekstu klinicznego.

W podejmowaniu decyzji co do sposobów leczenia w praktyce najczęściej problemów sprawia postawa rodziny, która często mimo wszystko będzie chciała podtrzymywać chorego przy życiu. W medycynie paliatywnej leczenie powinno jednak opierać się na zaufaniu grona najbliższych pacjentowi do lekarza. Relacje chory-rodzina-lekarz powinny cechować się wyczuciem i empatią; to na lekarzu ciąży odpowiedzialność za to, by nie dopuścić do terapii uporczywej, a rodzinę zapewnić o tym, że zrobiono wszystko co było w mocy, aby uratować chorego. Lekarz podejmujący decyzję powinien kierować się przede wszystkim dobrem pacjenta, jego wolą (wyrażoną np. w formie coraz popularniejszego testamentu życia). Problemy budzą jednakże przypadki, kiedy pacjent w warunkach dobrowolności i świadomości wyraził sprzeciw wobec interwencji medycznych, a następnie stracił zdolność wyrażania swojego stanowiska na tej płaszczyźnie. Problem polega na tym, że żądanie zaniechania leczenia powinno być aktualne w chwili wystąpienia zagrożenia dla zdrowia, a ponadto jest ono w każdym momencie „odwoływalne”. Przed lekarzem powstaje wówczas dylemat, czy pacjent rzeczywiście podtrzymałby swoją wolę odmowy leczenia? Czy w sytuacji, gdy pacjent jest pozbawiony możliwości samostanowienia, jego wcześniejsze oświadczenia są nadal aktualne? Prawo nie udziela na te pytania jednoznacznej odpowiedzi, opowiadając się raczej za hipotezą wyboru obiektywnego dobra pacjenta. Taką pragmatykę przyjmuje się w przypadku osób, które podjęły próbę samobójczą. Nawet w razie złożenia przez nie jednoznacznych oświadczeń wskazujących na zamiar odebrania sobie życia, lekarz nie jest zwolniony z obowiązku zapobiegania śmierci lub uszczerbkowi na zdrowiu takiej osoby, o ile znajduje się ona w stanie wykluczającym wyrażenie przez nią świadomej i dobrowolnej decyzji o odmowie leczenia. Taki sposób postępowania i interpretacji zakresu obowiązku lekarza (którego zaniechanie może prowadzić do odpowiedzialności karnej) może budzić zasadnicze wątpliwości w przypadku osób, które po złożeniu oświadczenia o odmowie leczenia znalazły się w stanie terminalnym⁹.

W praktyce często lekarze bywają zastraszeni odpowiedzialnością prawnokarną, więc by uniknąć ewentualnych problemów, podejmują uporczywą terapię. Trudnością w kontaktach z rodziną chorego jest również to, że wiele osób postrzega odstąpienie od terapii daremnej jako eutanazję, która ma na celu przyspieszenie zgonu pacjenta, podczas gdy faktycznym celem jest nieprzedłużanie umierania i związanego z nim cierpienia.

⁸ W. Bołoz, *Rezygnacja z uporczywej terapii jako realizacja praw człowieka umierającego*, Medycyna Paliatywna w Praktyce 2008, nr 2 (3), s. 77-78

⁹ Dr hab. Włodzimierz Wróbel, fragment wystąpienia na sympozjum „Dylematy etyczne w praktyce lekarskiej – kiedy lekarz może pozwolić choremu umrzeć?” (Warszawa, 2.04.2009), zorganizowanym przez Medycynę. Praktyczną we współpracy z Towarzystwem Internistów Polskich, Naczelną Izbą Lekarską i American College of Physicians.

2.3. Uporczywa terapia a eutanazja

W tym miejscu zaznaczyć należy różnicę pomiędzy eutanazją a odstąpieniem od uporczywej terapii, jak również zarysować rozróżnienie na eutanazję czynną i bierną. Pojęcia te często są uznawane za tożsame, powodując nieporozumienia i kategoryczny sprzeciw wobec wszystkich trzech działań. O ile eutanazja jest wykroczeniem przeciwko życiu, to odstąpienie od uporczywej terapii, choć przynosi w większości przypadków taki sam skutek, podejmowana jest z motywacji, która nie zasługuje na potępienie. Granica pomiędzy karalnym zabójstwem eutanatycznym a dopuszczalnym odstąpieniem od terapii daremnej przebiega właśnie na poziomie motywacji podejmowanych działań bądź zaniechań. Eutanazja czynna, czyli ta o której myśli większość społeczeństwa słysząc samo hasło „eutanazja”, to najczęściej podanie substancji powodującej zatrzymanie akcji serca lub oddechu w celu zatrzymania funkcji życiowych u chorego, tym samym przyspieszając moment śmierci.

Rozróżnienie pomiędzy eutanazją bierną a odstąpieniem od terapii daremnej, oprócz motywacji, polega również na ocenie stanu klinicznego i prognozowaniu, czy istnieją realne szanse wyleczenia. Eutanazja bierna to bowiem odstąpienie od podejmowania leczenia, które mogłoby doprowadzić do wyleczenia lub przynieść poprawę stanu zdrowia pacjenta z powodu uznania, że życie tego pacjenta jest mniej warte niż życie innych (np. nieleczenie zapalenia płuc u pacjenta z poważnymi wadami wrodzonymi). Wreszcie – odstąpienie od terapii daremnej jest to zaniechanie stosowania leczenia lub wprowadzania nadzwyczajnych działań, gdy szanse powodzenia są znikome, a jedyne co da się osiągnąć to niewielkie przedłużenie długości życia, za które chory zapłaci swoim cierpieniem. Można wówczas odstąpić od leczenia nie zaniechując jednak karmienia, pojenia, zwykłych zabiegów pielęgnacyjnych oraz uśmierzania bólu fizycznego i psychicznego u chorego, o czym mówi również przywołana wcześniej definicja.

Kościół katolicki stanowczo sprzeciwia się eutanazji w obu postaciach, dopuszcza jednakże odstąpienie od terapii daremnej.

2.4. Uporczywa terapia w rozważaniach etycznych

Medycyna na różnych etapach swojego rozwoju dysponowała różnymi środkami leczniczymi, które często były bardzo kosztowne, a nie przynosiły spodziewanej poprawy stanu pacjenta. Ten problem został zauważony nawet przez Hipokratesa, który pisał: „[Lecznictwo] jest nim zupełne uwolnienie osób cierpiących od chorób, od chorób zaś – złagodzenie tych ostrzejszych oraz niepodjęcie leczenia takich chorych, którzy zostali pokonani przez chorobę, przy pełnej świadomości tego, czemu lecznictwo nie jest w stanie podołać”¹⁰. Hipokrates stanął zatem w obronie lekarzy, którzy potępiani byli za niepodjęcie leczenia osób, którym – wedle wiedzy medycznej w danym czasie – nie da się pomóc i uważa takie postępowanie za właściwe.

W XVI wieku hiszpan Dominigo Banez komentując poglądy św. Tomasza z Akwiny w kwestiach obowiązku troski o życie i zdrowie pisał: „Chociaż człowiek winien

¹⁰ Hipokrates, *O sztuce (lekarskiej)* [w:] *Idem, Wybór pism*, tłum. i red. M. Wesoły, t. 1, Warszawa 2008, s. 106.

zachować swe własne życie, nie jest zobowiązany posługiwać się środkami nadzwyczajnymi, ale pospolitym pożywieniem i odzieniem, zwyczajnymi lekarstwami, znosić jakiś przeciętny i zwyczajny ból, nie zaś znosząc nadzwyczajny i straszny ból ani ponosząc nadzwyczajne koszty w stosunku do swojego statusu społecznego”¹¹. Wraz z rozwojem medycyny i cywilizacji w ogóle zmienia się to, co rozumiemy przez środki zwyczajne i nadzwyczajne, samo rozróżnienie nie traci jednak na aktualności. W doktrynie katolickiej i oficjalnych dokumentach Stolicy Apostolskiej używane jest zmodyfikowane rozróżnienie na środki zwyczajne i nadzwyczajne, zwraca się uwagę na subiektywne i obiektywne kryteria kwalifikacji. Do kryteriów obiektywnych należy zaliczyć: naturę środków, ich koszty oraz konsekwencje wynikające z zasady sprawiedliwości; kryteria subiektywne to: konieczność unikania niepokoju i trwogi, przykrości i niewygod oraz szoku psychologicznego związanego ze stosowaniem tych środków. Kryterium podstawowym tego rozróżnienia jest proporcja pomiędzy środkami i celem, który przy ich pomocy chce się osiągnąć¹². By zrozumieć jakąkolwiek wypowiedź Kościoła katolickiego w kwestiach związanych z medycyną należy pamiętać o jednej z fundamentalnych zasad nieredukowalnej wartości ludzkiego życia. Wedle treści dokumentów Kościoła, uporczywość terapii polega na stosowaniu „środków szczególnie wycieńczających i uciążliwych dla chorego, skazujących go na sztucznie przedłużaną agonię”¹³. Takie działanie jest próbą ucieczki od akceptacji nieuchronnej śmierci, co jest swego rodzaju moralnym obowiązkiem. We wspomnianej już encyklice *Evangelium vitae* Jan Paweł II podkreśla aspekt braku adekwatności zabiegów medycznych do realnej sytuacji chorego. Należy je odrzucić, gdy „przestały być współmierne do rezultatów, jakich można by oczekiwać, lub też są zbyt uciążliwe dla samego chorego i dla jego rodziny”¹⁴. Papież zaznacza, że leczenie się jest moralną powinnością, która powinna być jednak dookreślona w swych granicach *ad causum*. Przewodniczący Papieskiej Rady ds. Duszpasterstwa Służby Zdrowia kard. Javier Lozano Barragán w wywiadzie dla włoskiego dziennika „Corriere della Sera” ujawnił, że przed swoją śmiercią papież Jan Paweł II odmówił przewiezienia do szpitala i dalszej terapii¹⁵. Papież uznał dalsze leczenie za nieproporcjonalne i niepotrzebne. Rezygnując z uporczywej terapii papież potwierdził generalną zgodę Magisterium do odstąpienia od terapii nieprzynoszącej spodziewanych skutków oraz podejmowanych w celu podtrzymania życia, mimo wszystko nie bacząc przy tym na ból, jaki jest odczuwany przez pacjenta.

Ważnym aspektem umierania jest duchowość. Człowiek świadomy przebywania u kresu żywota analizuje swoje życie i szuka oparcia w Bogu. Niewątpliwie życie Jana Pawła II było w pełni poświęcone Bogu, nie dziwi nas zatem zawierzenie się Bogu tuż

¹¹ Cyt. za: P. Aszyk, *Granice leczenia. Etyczny problem odstąpienia od interwencji etycznych*, s. 46.

¹² Papieska Rada Cor Unum, *Niektóre kwestie etyczne odnoszące się do ciężko chorych i umierających* (27 VII 1981), nr 2.4.2 [w:] *W trosce o życie. Wybrane dokumenty Stolicy Apostolskiej*, Tarnów 1998, s. 441.

¹³ Papieska Rada ds. Pracowników Służby Zdrowia, *Karta Pracowników Służby Zdrowia*, nr 119 [w:] WTZ, s. 610.

¹⁴ Jan Paweł II, *Encyklika „Evangelium vitae”*, Poznań 1995, s. 130.

¹⁵ <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiata,2/jan-pawel-ii-odmowil-poddania-sie-leczeniu,36168.html>, 8.08.2018.

przed śmiercią. Zauważalna jest jednak również tendencja do nawróceń w stanach terminalnych. Znanych jest wiele przypadków, gdzie ludzie choćby podający się za ateistów w momencie, gdy jedną nogą znajdują się już w drugim świecie, stwierdzają, że chcą pojednać się z Bogiem i oddać mu w opiekę. Analizując wpływ religii na zdrowie chorych zauważyć można zmiany w kierunku prozdrowotnym, pozytywniejszych wzorców psychospołecznych oraz optymistyczniejszych przekonań. Religijność poprawia umiejętność radzenia sobie w sytuacjach kryzysowych i wpływa na zmniejszenie smutku, dzięki czemu wzrasta poczucie sensu i dobrostan fizyczny chorego. Nie ma jednak jednoznacznych przesłanek co do tego, jaka forma opieki duchowej może najlepiej złagodzić przykre doznania związane z końcem życia¹⁶. To właśnie z tego powodu tak ważne jest istnienie opieki duchowo-religijnej w szpitalach i hospicjach. Opieka taka jest w Polsce zagwarantowana przez art. 53 Konstytucji oraz Deklarację Praw Pacjenta WHO, która w prawach szczegółowych w pkt 7. głosi: „Pacjent ma prawo do opieki duszpasterskiej duchownego wyznawanej przez siebie religii i umożliwienia uczestnictwa w obrzędach religijnych w szpitalu, a w sytuacji pogorszenia się stanu zdrowia powodującego w jego odczuciu zagrożenie życia, aby szpital niezwłocznie zawiadomił wskazane osoby lub instytucje oraz duchownego wyznawanej przez siebie religii i umożliwił z nimi osobisty kontakt” oraz w pkt. 13: „Szpital umożliwia kontakt pacjenta z wybranym przez niego duszpasterzem”. Podobne zapisy znajdziemy też w ustawie o Zakładach Opieki Zdrowotnej czy w ustawie o Prawach Pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, gdzie znajduje się cały rozdział Prawo pacjenta do opieki duszpasterskiej. W Polsce opieka duszpasterska jest obecna w służbie zdrowia, niestety pomimo wysiłków nie zostały opracowane jednolite systemy szkoleń dla kapelanów szpitalnych. W krajach anglosaskich duchowni przed przystąpieniem do udzielania wsparcia na oddziałach medycyny paliatywnej odbierają, oprócz wykształcenia teologicznego, również wykształcenie psychologiczne, jak i muszą zostać specjalnie przeszkoleni terapeutycznie. W terminalnej fazie choroby wsparcie duchowe jest ważne nie tylko wobec chorego, ale również wobec osób pacjentowi najbliższych. Modlitwa u kresu życia staje się „uniwersalnym sakramentem”, szczególnie ważnym dla osób wątpiących i poszukujących. W przypadku osób wierzących ważne powinny być słowa katechizmu Kościoła atolickiego: „Gdy Kościół po raz ostatni wypowiedział nad umierającym chrześcijaninem po raz ostatni wypowiedział słowa przebaczenia i rozgrzeszenia Chrystusa, gdy naznaczył go po raz ostatni umacniającym namaszczeniem i w wiatyku dał mu Chrystusa jako pokarm na drogę, mówi do niego ze spokojną pewnością: duszo chrześcijańska, zejdź z tego świata w imię Boga Ojca wszechmogącego, który Cię stworzył”¹⁷.

Wspomniane wcześniej zostało o tym, że lekarz w kontaktach z rodziną powinien wykazywać się empatią i wyczuciem. Ta sama zasada dotyczy duchownego. Bezsensownym jest spór o to kto – lekarz czy duchowny – powinien bardziej otoczyć troską i psychologicznym wsparciem osoby dotknięte tragedią choroby. Bez wątpienia w praktyce więcej troski od strony duchowej udziela rodzinie i choremu duszpasterz. Wynika

¹⁶ J. Janiszewska, M. Lichodziejewska-Niemierko, *Znaczenie religijności w życiu człowieka chorego*, Polski Merkuriusz Lekarski 2006, t. 21, nr 122, s. 197–200.

¹⁷ *Katechizm Kościoła Katolickiego*, nr 1020.

to jednak ze specyfiki pracy lekarza, który ma przede wszystkim doprowadzić do uratowania życia, tudzież poprawy stanu zdrowia swoich pacjentów. Duchowni w ośrodkach hospitalizacyjnych pełnią nieocenioną rolę, jest to jednak rola uzupełniająca, gdyż lekarze i psychologowie muszą zajmować się większą ilością pacjentów, zatem nie mają możliwości poświęcić rodzinie chorego, jak i samemu choremu tyle czasu, ile by potrzebowali. Wspólnotowe czuwanie i modlitwa w godzinie śmierci są bardzo ważne. Gdy śmierć przychodzi niespodziewanie i nagle, potrzebna jest również obecność duszpasterza po stwierdzeniu zgonu. Modlitwa staje się wówczas swego rodzaju zamknięciem procesu zintensyfikowanej troski o człowieka i równoczesnym przejściem do okresu żałobnego, po którym można wcześniej czy później przejść do „normalnego” życia już bez tej osoby. Opieka pastoralna zaznacza się zatem dłuższym zakresem czasowym niż opieka medyczna, rozpoczynając się zazwyczaj w momencie przekazania informacji o stanie krytycznym pacjenta, i stopniowo wygaszanym, gdy najbliżsi są już w stanie poradzić sobie ze stratą członka rodziny.

3. Podsumowanie

Śmierć jest doświadczeniem spotykającym każdego. Zarówno w aspekcie doświadczeń związanych ze śmiercią znajomych, bliskich osób, jak i tego jedyne i ostatnie w życiu ziemskim doświadczenia własnej śmierci. Myśl o własnej śmierci wywołuje w ludziach mieszane emocje. Z jednej strony pojawia się lęk przed nieznanym – z drugiej, radość zjednania z Bogiem i życia wiecznego. Godność umierania jest kwestią, na którą należy zwracać uwagę szczególnie, gdy śmierć wiąże się z cierpieniem fizycznym. Nie należy ani niepotrzebnie przedłużać umierania, ani przyspieszać go by „pozbyć się problemu”. Z moralno-etycznego punktu widzenia prowadzenie uporczywej terapii, szczególnie bez zgody pacjenta, jest nie do przyjęcia. Sytuacje w jakich jest stawiany codziennie personel medyczny oddziałów paliatywnych nie należą do łatwych w rozstrzygnięciu. Trudno jest podjąć decyzję o niepodejmowaniu kroków by choć odrobinę przedłużyć życie dziecka, jednak jego dobro i to, by nie cierpiało, trzeba czasem przełożyć ponad kolejne dni życia. Kościół katolicki dopuszcza taką możliwość, uwzględniając, że cierpienie jest zadawane bez realnej wizji poprawy stanu zdrowia oraz oddając decyzję o życiu chorego Bogu. Ważnym aspektem śmierci jest wymiar cierpienia, jakie odczuwają osoby najbliższe pacjentowi. Należy ich również, podobnie jak chorego, otoczyć opieką psychologiczną, a gdy tego potrzebują – to też duchową.

Śmierć nie jest zatem jedną chwilą, momentem, po którym wszystko wraca do normy. Jest to proces, który trwa. Jest silnym przeżyciem duchowym, emocjonalnym i psychicznym. Jest procesem, który trwa i który jest odbierany przez każdego indywidualnie. Obecny brak konkretnego uregulowania kwestii możliwości zaniechania terapii uporczywej i niewielka świadomość społeczeństwa w kwestii różnicy pomiędzy zaniechaniem uporczywej terapii a eutanazją prowadzi do wielkich emocji, niepotrzebnego stresu i zbyt wielkiej swobody oceny lekarskiej, które mogą się różnić, utrudniając ocenę, czy śmierć pacjenta spowodowana była dopuszczalnym zaniechaniem uporczywej terapii, czy eutanazją bierną.

* * *

Legal and Ethical Aspects of Death

This article concerns the issue of „dying”, analyzing the last moment of a dying human from legal and philosophical perspective. Author in her thoughts predominantly puts focus about futile medical care. Inquiries are drawn in the search for the source of the right to die and also how this issue is recognized in ethical concepts, in particular in Christian ethics.

Key words: death, Christian ethics, dignity, futile medical care

Małgorzata Koterba¹

Stwierdzenie stanu wolnego wiernych Kościoła anglikańskiego na forum Kościoła rzymsko-katolickiego

Streszczenie:

Przedmiotem artykułu jest przedstawienie podstaw unieważnienia małżeństwa w prawie kanonicznym Kościoła katolickiego oraz w prawie Kościoła anglikańskiego. Autorka zwraca uwagę, że te przesłanki w Kościele anglikańskim są szersze niż w Kościele katolickim. Następnie przedstawia problem uznania unieważnienia małżeństwa w prawie Kościoła anglikańskiego przez władze Kościoła katolickiego w kontekście zawarcia nowego małżeństwa w Kościele katolickim. Przyjmując, że takie uznanie jest dopuszczalne.

Słowa kluczowe: stwierdzenie stanu wolnego, Kościół anglikański, unieważnienie małżeństwa

1. Wstęp

Jedną z czynności duszpasterskich poprzedzających zawarcie sakramentu małżeństwa jest stwierdzenie stanu wolnego obojga nupturientów. Nie jest to jedynie czynność kanonicznego rozeznania stanu osobowego narzeczonych polegająca na potwierdzeniu, czy osoba pragnąca zawrzeć związek małżeński jest kawalerem, panną, małżonkiem, czy też żyjącą w związku małżeńskim, który w obliczu prawa Kościoła nie jest ważny². W sytuacji, gdy oboje nupturientów są wiernymi Kościoła katolickiego, brak przeszkód kanonicznych do zawarcia małżeństwa opisany jest w metryce chrztu. Zatem ponieważ stwierdzenie stanu wolnego towarzyszy również procedurze związanej ze stwierdzeniem czy, kiedy oraz w jakiej wspólnotie kościelnej lub Kościele osoba przyjęła chrzest.

¹ Autorka jest studentką Wydziału Teologicznego na Uniwersytecie Jana Pawła II w Krakowie.

² Por. *Instrukcja Episkopatu Polski o przygotowaniu do zawarcia małżeństwa w Kościele Katolickim z dn. 13 grudnia 1989 r.*, n. 42, n. 2.

Coraz częstsze są przypadki tzw. małżeństw mieszanych, w których niełatwym często wyzwaniem staje się pewne stwierdzenie stanu wolnego strony niekatolickiej. Niekiedy brak znajomości podstawowych zasad towarzyszących temu procesowi może doprowadzić do zawarcia małżeństwa w sposób nieważny, np. gdy istnieje przeszkoda wężła małżeńskiego. Taki zdarzenie stało się motywem skłaniającym do zbadania niniejszego tematu. Do jednej z polskich parafii dwoje nupturientów – katoliczka i wierny Kościoła anglikańskiego – zgłosiło się z intencją zawarcia małżeństwa w Kościele rzymsko-katolickim. Po rozmowie z duszpasterzem okazało się, iż mężczyzna był uprzednio w związku małżeńskim zawartym w Kościele anglikańskim. Przedstawił on jednak dokument, w jego mniemaniu i takiej też ocenie Kościoła, stwierdzający rozwód i uznający go tym samym za osobę stanu wolnego. Pojawił się zatem zasadniczy problem dotyczący stwierdzenia stanu wolnego mężczyzny, w myśl prawa kanonicznego Kościoła katolickiego.

Zanim zostanie szczegółowego przedstawiony temat artykułu należy pokrótce przybliżyć historię, doktrynę oraz prawo Kościoła anglikańskiego (Church of England, potocznie nazywany Kościołem anglikańskim).

Po reformacji (tzw. Schizmie zachodniej, XVI w.) Kościół anglikański był jednym z Kościołów, który zerwał łączność z Rzymem. Katalizatorem odrzucenia prymatu papieskiego była odmowa papieża wobec prośby króla o unieważnienie małżeństwa Henryka VIII i Katarzyny Aragońskiej. Jednakże właściwym powodem odłączenia były nacjonalistyczne przekonania dynastii Tudorów, iż władza nad Kościołem anglikańskim właściwie należy do monarchii angielskiej. Za panowania Edwarda VI Kościół anglikański przeszedł dalszą reformację. Król kierowany był przekonaniem, że teologia w interpretacji reformatorów jest wierniejsza nauczaniu Biblii i chrześcijaństwu pierwszych wieków. Za panowania Marii Tudor Kościół anglikański na krótko powrócił do jedności z Rzymem, by po raz kolejny, gdy Elżbieta I wstąpiła w 1558 r. na tron, powrócić do oddzielenia się od Kościoła rzymsko-katolickiego. Królowa nadała Kościołowi tożsamość, która zachowywana jest do dnia dzisiejszego. Kościół anglikański jest Matką Kościołem Wspólnoty Anglikańskiej, grupy odrębnych Kościołów, które pozostają w komunii z arcybiskupem Canterbury jako zwierzchnikiem tego Kościoła³. Kościół anglikański jest wspólnotą państwową, co ma duży wpływ również na deklarowaną nierozzerwalność małżeństwa i akceptację rozwodów orzekanych na forum prawa państwowego⁴.

Podstawę doktrynalną dla większości wspólnot Kościoła anglikańskiego stanowią *The Thirty – nine Articles of the Church of England* z 1562 r., *The Book of Common Prayer* (pierwsza edycja pochodzi z 1549 r.), *Doctrine in the Church of England* oraz *The Canons of the Church of England*.

Kościół anglikański, jak można przeczytać na jego oficjalnej stronie, przestrzega wiary katolickiej i apostoelskiej, która oparta jest na Objawieniu zawartym w Piśmie Świętym i interpretowanym w świetle chrześcijańskiej tradycji, nauki, rozumu i doświadczenia. Kościół wyznaje dwa sakramenty w sensie ścisłym. Chrzest św. udzielany w imię Trójcy Św., który mogą przyjąć zarówno dzieci, jak i dorośli. Jak podają informacje na stronie internetowej Kościoła, centrum religijnego życia anglikanów opiera się na drugim

³ Por. <https://www.churchofengland.org/about-us/history/detailed-history.aspx>, 20.05.2016.

⁴ *Ibidem*.

z sakramentów – Eucharystii (zwana też przez nich Komunią Świętą, Wieczerzą Pańską lub Mszą). Anglikanie uznają także inne obrzędy, określając je tylko zwyczajowo mianem sakramentów, tj.: konfirmacja, święcenia kapłańskie, pojednanie, namaszczenie chorych oraz małżeństwo. Duchowni mogą wstępować w związki małżeńskie⁵.

Pewną trudność można napotkać chcąc w naszych badaniach odnieść się do prawa Kościoła anglikańskiego. W przeciwieństwie bowiem do Kościoła katolickiego, Kościół anglikański nie posiada jednego zbioru *anglikańskiego prawa kanonicznego*. Kościół ten bowiem uznaje niezależność swoich prowincji, również w tym co dotyczy tworzenia, zarządzania oraz interpretacji prawa. Jednakże niektóre spośród prowincji Kościoła anglikańskiego stworzyły pewne struktury stowarzyszenia, jak np. *Lambeth Conference of Bishops*, która spotykając się co 10 lat wypracowuje pewne normy prawne, które następnie przyjmowane są przez zrzeszone prowincje kościelne⁶. W związku z tym, do niniejszych badań wykorzystane zostały *zbiory* praw oraz praktyk uznawanych przez wszystkie lub większość prowincji Kościoła anglikańskiego.

2. Doktryna o sakramencie małżeństwa Kościoła rzymsko-katolickiego oraz Kościoła anglikańskiego

Istotnym zagadnieniem w opracowaniu podjętego tematu jest przedstawienie i porównanie doktryn Kościoła rzymsko-katolickiego oraz Kościoła anglikańskiego w zakresie sakramentalności małżeństwa, a także jego przymiotów.

2.1. Małżeństwo w Kościele rzymsko-katolickim

Jednym z siedmiu sakramentów Kościoła rzymsko-katolickiego jest małżeństwo. Źródłem doktryny o sakramentalności małżeństwa jest Pismo Święte oraz tradycja patrystyczna⁷. Prawodawca kościelny doktrynę o sakramencie małżeństwa zawarł w kanonach 1055⁸, 1056⁹, 1134¹⁰, 1141¹¹.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Por. D.B. Stevick, *Canon Law in Anglicanism*, The Jurist 2000, 60, s. 124–125.

⁷ Por. G. Dzierżon, *Sakramentalność małżeństwa ochrzczonych*, Ius matrimoniale 1999, 4, s. 107.

⁸ *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus* (25.01.1983), AAS 75 (1983), pars II, s. 1–317; tekst polski [w:] *Kodeks Prawa Kanonicznego*, Przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu, Poznań 1984; dalej jako: KPK/83. Kan. 1055: „§ 1. Małżeńskie przymierze, przez które mężczyzna i kobieta tworzą ze sobą wspólnotę całego życia, skierowaną ze swej natury do dobra małżonków oraz do zrodzenia i wychowania potomstwa, zostało między ochrzczonymi podniesione przez Chrystusa Pana do godności sakramentu. § 2. Z tej racji między ochrzczonymi nie może istnieć ważna umowa małżeńska, która tym samym nie byłaby sakramentem”.

⁹ „Istotnymi przymiotami małżeństwa są jedność i nierozzerwalność, które w małżeństwie chrześcijańskim nabierają szczególnej mocy z racji sakramentu” – kan. 1056, KPK/83.

¹⁰ „Z ważnego małżeństwa powstaje między małżonkami węzeł, z natury swej wieczysty i wyłączny. W małżeństwie chrześcijańskim małżonkowie zostają ponadto przez specjalny sakrament wzmocnieni i jakby konsekrowani do obowiązków swego stanu i godności” – kan. 1134, KPK/83.

¹¹ „Małżeństwo zawarte i dopełnione nie może być rozwiązane żadną ludzką władzą i z żadnej przyczyny, oprócz śmierci” – kan. 1141, KPK/83.

Charakterystyka małżeństwa zawarta w kan. 1055 została zaczerpnięta z Konstytucji *Gaudium et spes*¹² i przełożona na język prawniczy. Główna myśl zawarta w § 1 potwierdza tradycję doktrynalną podniesienia przez Chrystusa do rangi sakramentu małżeństwa między dwoma ochrzczonejmi stronami. Treść kanonu stanowi interpretację prawa naturalnego o małżeństwie, jak również pewnego rodzaju wytyczne służące ocenie każdego małżeństwa przez wzgląd na przyjęty przez nupturientów chrzest¹³. Charakter sakramentalny posiadają małżeństwa zawarte między ochrzczonejmi katolikami, ochrzczonejmi niekatolikami oraz między nieochrzczonejmi, którzy po zawarciu małżeństwa przyjęli chrzest¹⁴. Z kolei małżeństwa naturalne zawarte między niechrześcijanami oraz między chrześcijaninem ochrzczonejmi a osobą nieochrzczonejmi nie są sakramentem. Co więcej, małżeństwa zawarte bez zachowania formy kanonicznej przez chrześcijan do tego zobowiązanych również nie wywołują skutku sakramentalnego¹⁵.

Przymioty małżeństwa ujęte zostały w jednym kan. 1056. Jedność i nierozzerwalność małżeństwa nie są jakimiś zewnętrznymi celami małżeństwa, ale nieodłącznymi i niejako wrodzonymi właściwościami małżeństwa samego w sobie. Przymioty te nie są zależne od woli i intencji nupturientów, gdyż wynikają one z prawa naturalnego. Są to zatem cechy każdego małżeństwa, nie tylko osób ochrzczonejmi (choć otrzymują one szczególną moc z racji sakramentalności małżeństwa). Jedność małżeństwa wskazuje, że jest to związek między jednym mężczyzną i jedną kobietą¹⁶. Wraz z nauczaniem soborowym o małżeństwie rozwinęta i mocna zaakcentowana została zasada personalizmu małżeńskiego, której centralnym punktem jest określenie małżeństwa jako samo oddanie się i wzajemne przyjęcie małżonków¹⁷. Tak więc każdy rodzaj poligamii narusza jedność małżeństwa.

Małżeństwo jest związkiem trwałym, nierozzerwalnym, który nie kończy się nawet w wyniku nieodwracalnego rozpadu wspólnoty małżeńskiej czy też zaprzestania wspólnego zamieszkania. Pojęcie nierozzerwalności zakłada również stałość małżeństwa, tzn. że nie jest ono zawierane na określony czas. Tradycja kanoniczna rozróżnia wewnętrzną i zewnętrzną nierozzerwalność małżeństwa. Wewnętrzna nierozzerwalność małżeństwa oznacza, że ważnie zawarte małżeństwo nie może być rozwiązane ani przez wzajemne porozumienie małżonków, ani też przez cofnięcie wyrażonej zgody. Małżeństwo jest zewnętrznie nierozzerwalne, tzn. że nie może być rozwiązane poprzez żadną interwencję władzy ludzkiej (nawet kościelnej), ani też spełnienie jakichkolwiek określonych warunków. Co więcej, Kościół katolicki nie uznaje rozwiązania (w jakikolwiek sposób) ważnie zawartego małżeństwa sakramentalnego przez władzę cywilną¹⁸. Każde małżeństwo, nawet między osobami nieochrzczonejmi, jest z natury swojej

¹² Por. *Gaudium et spes*, Wrocław 2005, s. 116

¹³ Por. J.P. Beal, *Marriage* [w:] *New Commentary on the Code of Canon Law*, red. J.P. Beal, J.A. Coriden, T.J. Green, New York 2000, s. 1240.

¹⁴ Por. K. Lüdicke, *Ehe* [w:] *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris canonici*, t. III, Essen 1985, nr 7.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Por. J.P. Beal, *op.cit.*, s. 1249.

¹⁷ Więcej na ten temat: C. Burke, *Personalism and Annulments* [w:] R. Torfs, C. Burke, *Canon law and marriage*, Leuven 1995, s. 88.

¹⁸ Por. F. Cappello, *Tractatus Canonico-Moralis de Sacramentis*, t. V, Roma 1961, n. 45; P. Gasparri, *Tractatus Canonici de Matrimonio*, Cita del Vaticano 1932, n. 1122–1127.

nierozerwalne. Jednakże ważnie zawarte a niedopełnione małżeństwo oraz małżeństwo zawarte przynajmniej przez jedną ze stron nieochrzczonej może zostać pod pewnymi warunkami rozwiązane udzieloną papieską dyspensą¹⁹.

Jak ważne są wyżej omówione przymioty małżeństwa stanowi fakt, iż przedłużeniem myśli kan. 1056 jest kan. 1134. Przypomina on ponownie, iż właściwością każdego małżeństwa, również naturalnego, jest jedność i nierozzerwalność. Przymioty te jeszcze mocniej podkreślone zostały w małżeństwie sakramentalnym. Ponadto kanon wskazuje na pewne rozróżnienie pomiędzy małżeństwem sakramentalnym a naturalnym – w małżeństwie chrześcijańskim małżonkowie wzmocnieni są do wypełnienia tego przymiotu znakiem sakramentalnym. Małżeństwo bowiem, tak jak pozostałe sakramenty, udzieli łaski tym, którzy przyjmują ten sakrament w sposób owocny²⁰.

Małżeństwo między dwoma osobami ochrzczonej, zawarte w sposób ważny, jest naturalnie nierozzerwalne. Małżeństwo zawarte i dopełnione poprzez stosunek seksualny jest dodatkowo zewnętrznie nierozzerwalne²¹. Oznacza to, że nie może być ono rozwiązane żadną ludzką władzą (w tym także poprzez np. sądową władzę państwową), z żadnej przyczyny poza śmiercią jednej ze stron. Małżeństwo ważnie zawarte, lecz niedopełnione, może być rozwiązane papieską dyspensą (tzw. *dyspensa super rato*). Możliwość takiej dyspensy (po spełnieniu określonych warunków) wyjaśnił papież Pius XII w 1941 r. podczas przemówienia do Roty Rzymskiej²². Ponieważ jest to wyjątek od zasady nierozzerwalności małżeństwa, stąd też z założenia są to niezwykle rzadkie przypadki. Papież rozwiązując takie małżeństwo powołuje się na najwyższy spośród tytułów papieskich – Zastępca Chrystusa na ziemi²³.

2.2. Małżeństwo w Kościele anglikańskim

Doktryna Kościoła nie zajmuje się w sposób obszerny małżeństwem. Zgodnie z doktryną Kościoła anglikańskiego zawartą w *The Thirty-nine Articles*, z ustanowienia samego Chrystusa oraz zgodnie z tym, co zawarte jest w Ewangelii, są dwa sakramenty: chrzest oraz Wieczerza Pańska. Pozostałe pięć przyjmuje nazwę *sakrament* zwyczajowo, gdyż tylko po części posiadają swoje źródło w Piśmie Świętym. W głównej mierze swoje źródło posiadają w praktyce Apostołów. Nie mają one ścisłej natury sakramentu²⁴. W innym miejscu *The Thirty-nine Articles* czytamy, o pozostałych

¹⁹ Por. kann. 1142–1150, KPK/83.

²⁰ Por. L.A. Robitaille, *The effects of marriage* [w:] *New Commentary on the Code of Canon Law*, red. J.P. Beal, J.A. Coriden, T.J. Green, New York 2000, p. 1356.

²¹ Por. F. Cappello, *De Matrimonio*, Roma 1961, n. 45.

²² Por. Pius XII, *Allocutio 3 Octobris 1941*, *Acta Apostolicae Sedis* 1941, 33, s. 426.

²³ Por. kan. 331, KPK/83.

²⁴ „There are two Sacraments ordained of Christ our Lord in the Gospel, that is to say, Baptism and the Supper of the Lord. Those five, commonly called Sacraments, that is to say (...) Matrimony, are not to be counted for Sacraments of the Gospel, being such as have grown partly of the corrupt following of the Apostles, partly are states of life allowed in the Scriptures: but yet have not like nature of Sacraments with Baptism and the Lord's Supper, for that they have not any visible sign or ceremony ordained of God” – *The Thirty-nine Articles and the Age of the Reformation*, London 1896, art. XXV, s. 173.

pięciu jako o *obrzędach* posiadających tylko naturę sakramentu²⁵. W komentarzu do *The Thirty-nine Articles* z kolei czytamy, że nie można określać jakoby sakrament małżeństwa został przez Chrystusa ustanowiony. Nie wskazują na to żadne słowa z Ewangelii, ani też zewnętrzne znaki takiego ustanowienia²⁶. Chrystus swoją obecnością na weselu w Kanie Galilejskiej jedynie *uwielbił i dowartościował* małżeństwo jako stan życia²⁷. Co więcej, doktryna Kościoła powołuje się na fragment Listu do Efezjan (5, 32), w którym po nauczaniu o jedności w małżeństwie, św. Paweł używa określenia: *τὸ μυστήριον τοῦτο μέγα ἐστίν*. Termin *μυστήριον* przetłumaczony został w doktrynie jako *mystery*, nie zaś *sacrament* jako konsekwencja właściwej, według Kościoła, myśli Apostoła²⁸. Ponadto literatura traktująca o doktrynie Kościoła wskazująca na różnice z Kościołem rzymsko-katolickim uwypukla pewien punkt niezgody, jakim jest właśnie sakramentalność małżeństwa. Kościół anglikański uznaje bowiem małżeństwo jako znak tajemnicy o innym charakterze²⁹.

Anglikanie w przedmiocie *quasi-sakramentalności* małżeństwa mocniej akcentują i zajmują się teologicznym jego ujęciem. I tak małżeństwo uznawane jest za boską instytucję, stan cieszący się ogromny szacunkiem, a także głęboką tajemnicę wspólnoty między kobietą a mężczyzną. Tajemnica ta, ze względu na prawo Boże w pełni objawione w Chrystusie, posiada przymiot świętości bezpośrednio związany z nierozzerwalnością małżeństwa. Kanon 30 *The Canons of the Church of England* stanowi, że małżeństwo co do zasady jest nierozzerwalną wspólnotą jednej kobiety i jednego mężczyzny, trwającą do śmierci jednego z małżonków i przeznaczoną do zrodzenia i wychowania potomstwa³⁰. Kościół anglikański przyznaje nierozzerwalny charakter małżeństwu. Jednakże powołując się na fragment z ewangelii św. Mateusza³¹ doktryna dopuszcza separację w wyniku cudzołóstwa jednej ze stron. Strona, która nie popełniła cudzołóstwa, może w tym wypadku ponownie zawrzeć małżeństwo w Kościele. Do połowy XX w. doktryna Kościoła stanowiła, że każda inna separacja czy też rzeczywisty rozpad wspólnoty małżeńskiej nie rozwiązuje małżeństwa. Każde powtórne małżeństwo przed śmiercią pierwszego współmałżonka było nazywane niczym innym jak cudzołóstwem³².

²⁵ Por. *The Thirty-nine Articles and the Age of the Reformation...*, s. 185.

²⁶ Por. *The Thirty-nine Articles of the Church of England. Explained with an introduction*, red. E.C.S. Gibson, London 1902, art. XXV, s. 605.

²⁷ Por. *The Book of Common Prayer. The Order for the Soleminization of Holy Matrimony*, London 1965, s. 305.

²⁸ Por. *The Thirty-nine Articles of the Church of England. Explained with an introduction...*, s. 605.

²⁹ Por. *The doctrine and law of marriage, adultery and divorce*, London 1826, s. 51.

³⁰ „The Church of England affirms, as our Lord's principle and standard of marriage, a lifelong and indissoluble union, for better or for worse, till death them do part, of one man with one woman, to the exclusion of all others on either side, for the procreation and nurture of children and for the mutual society, help and comfort which the one ought to have of the other both in prosperity and adversity” – *The Canons of the Church of England*, Canons Ecclesiastical promulgated by the Convocations of Canterbury and York in 1964 and 1969 and by the General Synod of the Church of England from 1970, London 2008, s. 51.

³¹ Por. Mt 5, 32; 19,9.

³² Por. *The Thirty-nine Articles and the Age of the Reformation...*, s. 196.

Małżeństwo, jako związek kobiety i mężczyzny, stanowi również odzwierciedlenie zjednoczenia Chrystusa z Kościołem. Z tego obrazu wynika jego godność³³.

Małżeństwo jest nieważne jeśli stronom brakuje zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa – brak wymaganego wieku, impotencja fizyczna, pokrewieństwo czy też powinowactwo. Kościół w Anglii przyjmuje i uznaje przeszkody prawne do zawarcia małżeństwa określone przez prawo państwowe³⁴. Ponadto Kościół anglikański do zawarcia małżeństwa na forum wspólnoty kościelnej nie wymaga od stron wcześniejszego przyjęcia sakramentu chrztu³⁵.

W 2005 r. *The House of Bishops*³⁶ wydał oświadczenie, w odpowiedzi na rządowe konsultacje dotyczące ważności małżeństw zawieranych w formie państwowej na forum wspólnoty Kościoła anglikańskiego³⁷. Stwierdzono w nim, iż Kościół uznaje za ważne małżeństwa zawarte w formie przewidzianej przez państwo i zgodnie z tym prawem³⁸. Jednakże, aby tak się stało, po zawarciu małżeństwa cywilnego małżonkowie muszą poprosić o odpowiednie błogosławieństwo w Kościele³⁹. Wierni Kościoła anglikańskiego, zgodnie z interpretacją niniejszego dokumentu, nie mają obowiązku zawarcia małżeństwa w formie przewidzianej przez Kościół. Nie są zobowiązani do zachowania żadnej formy kanonicznej zawarcia małżeństwa i mogą zawrzeć małżeństwo w formie przewidzianej przez państwo, które uznane następnie zostanie za ważne na forum Kościoła⁴⁰. Nieuczciwym byłoby jednak poprzestanie na tym stwierdzeniu, bowiem w dalszej części

³³ *Ibidem*, s. 195.

³⁴ Por. *The Canon Law of the Roman Catholic Church and the Church of England*, London – New York 2011, s. 102.

³⁵ Por. *House of Bishops Guidelines for the Celebration of Mixed-Faith Marriages in Church*, 1992, § 2.

³⁶ „The House of Bishops is one of the three Houses of the General Synod. All members of the House of Bishops are members of the General Synod. The House of Bishops also meets separately from the Synod to discuss issues of episcopal ministry, mission and national issues affecting the Church of England”, <https://www.churchofengland.org/about-us/structure/general-synod/about-general-synod/house-of-bishops.aspx>, 22.05.2016.

³⁷ Por. <https://www.churchofengland.org/media/45644/civilmarriage.pdf>, 22.05.2016.

³⁸ „1. The Church of England recognises as legally valid all marriages which are solemnised in accordance with and recognised by the civil law of this country, whatever type of ceremony is used and irrespective of whether the marriage is one which is consistent with the Church's teaching”, <https://www.churchofengland.org/media/45644/civilmarriage.pdf>, 22.05.2016.

³⁹ „8 (...) Purely civil marriages, which are subject to an express statutory provision that no religious service is used, although it is open to the parties to have a separate religious service following a civil marriage if they so wish. (For example, the House of Bishops has issued a recommended rite for a service of prayer and dedication after a civil marriage.)”, <https://www.churchofengland.org/media/45644/civilmarriage.pdf>, 22.05.2016.

⁴⁰ „2. The Church sees marriage, defined as a faithful, committed, permanent and legally sanctioned relationship between a man and a woman, as central to the stability and health of human society and so to be encouraged. Couples in the United Kingdom have the choice of either a civil or religious marriage and they make their choice between these types of marriage service for a variety of reasons. The Church of England believes that marriage is a gift of God to the human race, irrespective of the individual's faith (if any), and a means of His grace”, <https://www.churchofengland.org/media/45644/civilmarriage.pdf>, 22.05.2016.

dokumentu Kościół wyraża swoją troskę i zachętę, aby małżeństwo zawierane przez chrześcijan miało miejsce w kontekście religijnym⁴¹.

Podsumowując, doktryna katolicka, mając o wiele bardziej rozwinięty system prawa kościelnego, jasno stanowi o przymiotach małżeństwa wynikających z jego sakramentalności. Świątość małżeństwa poprzez wyraźnie określoną jedność i nierozzerwalność jest mocniej zaakcentowana niż w Kościele anglikańskim. Pomimo uznania przez ten Kościół małżeństwa jako *boskiej instytucji* o charakterze *sakramentu*, jego nierozzerwalny charakter wydaje się być bardziej przymiotem *umownym*, *stanem idealnym małżonków* aniżeli rzeczywistą konsekwencją zawieranego małżeństwa jako *boskiej instytucji*. Przyznaje się bowiem małżeństwu przymiot nierozzerwalności, ale zgodnie z interpretacją właściwych fragmentów Ewangelii, dopuszcza się możliwość rozwodu. Świątość i godność małżeństwa doktryna Kościoła anglikańskiego osadza na obrazie zjednoczenia Chrystusa i Kościoła. Nasuwa się zatem pytanie: czy więź Chrystusa z Kościołem nie jest z natury swojej bezwzględnie nierozzerwalna, niezależnie od *zdrady* Kościoła? Tak jak Chrystus *jest* wierny Kościołowi niezależnie od jego grzechów, tak też, zgodnie ze słowami wypowiedzianymi przez przyszyłych małżonków w chwili zawarcia małżeństwa, nierozzerwalność nie powinna być fakultatywna ani też zależna od okoliczności wspólnego życia małżonków⁴².

2.3. Instytucja rozwodu w Kościele anglikańskim

Zgodnie z kanonem B30 *The Thirty- nine Articles*⁴³ oraz fragmentem z ewangelii św. Mateusza⁴⁴ Kościół anglikański przyznaje małżeństwu chrześcijańskiemu nierozzerwalny charakter. Niemniej jednak, powołując się na fragment z tej samej ewangelii św. Mateusza⁴⁵, doktryna Kościoła dopuszcza separację w wyniku cudzołóstwa jednej ze stron. Strona, która nie jest winna cudzołóstwa, może w tym wypadku ponownie zawrzeć małżeństwo w Kościele. Inna separacja, do pewnego momentu w rozwoju doktryny Kościoła, nie dawała podstaw do rozwiązania małżeństwa, jak też rzeczywisty rozpad wspólnoty małżeńskiej⁴⁶. Począwszy od XVII do XX wieku Kościół nie pozwalał na powtórne

⁴¹ „3. For Christians, marriage has a particular distinctiveness in that it is based on an understanding of the love that God has shown the human race in His Son Jesus Christ. The Church believes that, for Christians, marriage is called to reflect that love. The promises made between a husband and wife as part of a Christian act of worship are a sign of the promise of love that Christ made to his Church. For this reason, marriage in the context of worship is an important ministry of the Church. The Church believes firmly that it is best placed to approach marriage from this perspective and to put marriage in a religious context”, <https://www.churchofengland.org/media/45644/civilmarriage.pdf>, 22.05.2016.

⁴² „N. will you have this woman to thy wedded wife/husband, to live together after God's ordinance in the holy estate of Matrimony? Wilt thou love her/him, comfort her/him, honour, and keep her/him, in sickness and in health; and forsaking all other, keep thee only unto her, so long as ye both shall live?” – *Solemnization of Matrimony* [w:] *The Book of Common Prayer*..., s. 303.

⁴³ „Marriage (...) is in its nature a union permanent and life-long” – *The Canons of the Church of England*..., s. 51.

⁴⁴ Mt 19,6.

⁴⁵ Por. Mt 5, 32; 19,9.

⁴⁶ Por. *The Thirty-nine Articles and the Age of the Reformation*..., s. 196.

małżeństwo za życia obojga małżonków⁴⁷. W połowie XX w. Kościół anglikański rozpoczął dokonywanie pewnej substancjalnej zmiany doktryny dotyczącej stanowiska w sprawie rozwodów. Miało to związek z podejściem bardziej personalistycznym, nie tylko do małżeństwa, ale w ogóle do duszpasterstwa. Fundamentalne i prawne rozumienie małżeństwa jako nierozzerwalnego kontraktu, tzn. niemogącego być rozwiązany, zostało mocno zreformowane. Zdaniem Kościoła bowiem na węzeł małżeński składa się wiele różnych elementów, wątków: moralny, emocjonalny, fizyczny, duchowy i zwyczajowy. Jest to przede wszystkim osobowy węzeł tworzony wspólnie z wszystkich lub z części powyższych elementów⁴⁸. To personalistyczne podejście do małżeństwa oraz zwiększająca się liczba rozwodów spowodowały zmianę w dyscyplinie kościelnej.

Sam rozwód, jak czytamy w *The Thirty-nine Articles*, jest sprzeczny z boską instytucją, boskim zamysłem wobec małżeństwa. Wydane już w 1947 r. *The Anglican Canons*⁴⁹ w kanonie 36 stanowiły, że małżeństwo, które zostało odpowiednio rozwiązane przez prawo świeckie, po przeanalizowaniu dokumentów rozwodowych przez biskupa i uznaniu za zasadne podstawy do takiego orzeczenia, może być uznane za niemające już żadnej mocy prawnej również na forum Kościoła. W konsekwencji małżonkowie ci mogli po raz kolejny zawrzeć małżeństwo w Kościele. W 1981 r. Synod Generalny Kościoła anglikańskiego bardziej precyzyjnie określił okoliczności, po zaistnieniu których osoba rozwiedziona, której małżonek nadal żyje, mogła ponownie zawrzeć małżeństwo w Kościele. Wskazówki do tego typu przypadków zostały wydane przez *House of Bishops* w 1985 r. Powyższe stwierdzenie zostało wydane na wniosek duchownych, którzy stanęli na stanowisku *nierozzerwalności* małżeństwa, bardziej jako przejawu pewnego idealnego stanu niż obowiązku i dogmatu⁵⁰. Zgodnie z uprzednio określoną swobodą przyjęcia zaproponowanych wytycznych, wielu biskupów diecezjalnych opracowało normy postępowania z wiernymi, którzy pragną zawarcia ponownego małżeństwa⁵¹. W związku z zaistniałymi zmianami w doktrynie, w 1999 r. arcybiskup Canterbury wydał dokument zawierający aktualne nauczanie Kościoła o małżeństwie⁵². Zwrócił on uwagę na konieczność dostosowania doktryny Kościoła do zmian społecznych i tym samym wyjścia naprzeciw tym

⁴⁷ Por. *Marriage: A Teaching Document Preface by the Archbishops of Canterbury and York*, London 1999, <https://www.churchofengland.org/media/45645/marriage.pdf>, 23.05.2016.

⁴⁸ Por. J. Macquarrie, *The Nature of the Marriage Bond*, Theology 1975, vol. 78, p. 231.

⁴⁹ „If in regard to a marriage which has been duly dissolved by secular law the bishop of a diocese, sitting with his chancellor, is satisfied that there were good grounds upon which such marriage could instead of being dissolved, have been declared to be null and void, it shall be lawful for such bishop in his discretion to allow either of the parties to such marriage, although the other of them is still living to marry or to be married to another person, according to the rites and ceremonies of the Church of England, in like manner as such first mentioned marriage had been declared to be null and void” – *The Anglican canons 1529–1947*, red. G. Bray, Suffolk 1998, canon 36 *The proposed Canons of 1947*, s. 636.

⁵⁰ Por. General Synod 669, *House of Bishops' report Marriage Discipline*, 13 February 1985.

⁵¹ Por. *The Canon Law of the Roman Catholic Church and the Church of England*, London – New York 2011, s. 57.

⁵² Por. *Marriage: A Teaching Document Preface by the Archbishops of Canterbury and York*, London 1999, <https://www.churchofengland.org/media/45645/marriage.pdf>, 23.05.2016.

wiernym, którzy będąc po rozwodzie chcą zawrzeć kolejne małżeństwo w Kościele⁵³. W dokumencie zostały przykładowo określone okoliczności uniemożliwiające ponowne zawarcie małżeństwa osobom rozwiedzionym, takie jak np.: niewypełnianie zobowiązań wobec potomstwa z poprzedniego małżeństwa, jeśli kolejne małżeństwo mogłoby przynieść szkodę potomstwu z poprzedniego małżeństwa lub też gdy osoba, która dopuściła się cudzołóstwa, pragnie zawrzeć małżeństwo z osobą, z którą dopuściła się zdrady. Zgodnie ze wskazanymi sugestiami, duchowni powinni też zwrócić uwagę i ocenić dojrzałość emocjonalną osoby pragnącej zawrzeć kolejne małżeństwo, by jej ewentualny brak nie stał się przyczyną kolejnego rozwodu⁵⁴.

W nawiązaniu do powyższego dokumentu zaktualizowany został również zbiór kanonów Kościoła anglikańskiego w zakresie, w jakim dotyczy to praktyki (i tym samym doktryny) ponownego zawarcia małżeństwa przez osoby cywilnie rozwiedzione. Mianowicie w części *Advice to clergy concerning marriage and the divorced*, za Synodem Generalnym Kościoła w 2002 r. postanowione zostało, iż troska o rozwiedzionych małżonków jest nadrzędną sprawą dla wspólnoty Kościoła, dlatego też przyznaje się, iż w wyjątkowych okolicznościach osoba rozwiedziona może ponownie zawrzeć związek małżeński na forum Kościoła⁵⁵. Niestety, na próżno szukać w zbiorze prawa Kościoła anglikańskiego skonkretyzowanych okoliczności, które decydują o *de facto* uznaniu otrzymanego rozwodu również za rozwiązanie małżeństwa kościelnego. Wypada sądzić, zgodnie z następnym zapisem dokumentów synodal-

⁵³ „For some time, now, the Church of England has been discussing changes to this policy in response to changing pastoral needs, and a number of dioceses have drawn up experimental guidelines for alternative practices. Should the Church as a whole decide upon an alternative, it will be on precisely the same principles that have guided it up to this point: that marriage is an unconditional commitment for life; that a further marriage after a divorce is an exceptional act; that it must be approached with great honesty and circumspection; and that the Church itself, through its ministry, has a part in deciding whether or not a marriage in such circumstances should take place in the context of church worship” – *Marriage: A Teaching Document Preface by the Archbishops of Canterbury and York*, London 1999, <https://www.churchofengland.org/media/45645/marriage.pdf>, 23.05.2016.

⁵⁴ „In some circumstances to marry again after divorce may compound the wrong that one has done, e.g. when obligations to the partner or children of the first marriage are not being met; or when the marriage causes further hurt to the children of the previous one; or when an act of unfaithfulness which contributed to the breakdown is the basis of the new relationship. It may sometimes be a sign of emotional immaturity; and it may also be imprudent, emotionally and financially. In other circumstances, on the other hand, it may be responsible, prudent (e.g. in relation to the care of young children) and emotionally wise. There is no simple rule for discerning this, for each case is different. But the Church has learned to stress the importance of putting a clear distance between a new marriage and the old: a distance of time, of local setting, and of relationship. Time is needed to recover emotional stability and good judgement; a new setting is needed, where the former partner is not forced to endure the reopening of old wounds; and a new relationship is needed, avoiding suspicion that the new marriage consecrates an old infidelity” – *Marriage: A Teaching Document Preface by the Archbishops of Canterbury and York*, London 1999, <https://www.churchofengland.org/media/45645/marriage.pdf>, 23.05.2016.

⁵⁵ „That this Synod (...) Recognize – i) That some marriages regrettably do fail and that the Church's care for couples in that situation should be of paramount importance; and ii) That there are exceptional circumstances in which a divorced person may be married in church during the lifetime of a former spouse” – *The Canons of the Church of England...*, s. 193.

nych, że wyżej wspomniane okoliczności należą raczej do oceny duchownego niż do odgórnie wskazanego przez Synod jakiegoś zbioru⁵⁶. Konkludując, to subiektywna ocena duchownego, w imię troski o wiernych, których pierwsze małżeństwo zostało prawem państwowym rozwiązane, decyduje o ewentualnej możliwości zawarcia powtórnego małżeństwa w Kościele. Niemniej jednak świadectwo o *stanie wolnym* osoby rozwiedzionej wydaje i podpisuje biskup. Potwierdzeniem tej interpretacji jest załączony dokument wystawiony przez biskupa Buckingham dotyczący możliwości ponownego zawarcia małżeństwa w Kościele anglikańskim przez wiernego, którego wcześniejsze małżeństwo zawarte w Kościele zostało *dissolved* przez prawo państwowe (Załącznik nr 1, Załącznik nr 2).

2.4. Obszar kompetencyjny Kościoła rzymsko-katolickiego nad małżeństwem wiernych Kościoła anglikańskiego

Stanowisko Kościoła rzymsko-katolickiego w kwestii nierozzerwalności małżeństwa jest niezmiennie i jasne. Pojawia się jednak problem natury praktycznej i procesowej. W Kościele anglikańskim, mimo uznania nierozzerwalności małżeństwa, w rzeczywistości jednak istnieje jego rozerwalność. W związku z tym, w sytuacji chęci zawarcia małżeństwa między wiernym Kościoła anglikańskiego a katolikiem, ten pierwszy stoi przed koniecznością udowodnienia swego stanu wolnego w obliczu Kościoła katolickiego. Problem jak widzimy jest złożony, ponieważ Kościół katolicki nie może ufać jakimkolwiek świadectwom wydanym nawet przez biskupów anglikańskich o stanie wolnym ich członków ze względu na istniejącą w nich praktykę rozwodów. W myśl prawodawstwa kościelnego, z prawa Bożego nie można dopuścić do zawarcia małżeństwa osób związanych wcześniejszym węzłem małżeńskim, nawet niedopełnionym.

W *Kodeksie* z 1983 r. w kan. 11⁵⁷ ograniczono podmioty podległe prawu pozytywnemu Kościoła katolickiego. Normy *Kodeksu* obowiązują wyłącznie tych, którzy zostali ochrzczeni w Kościele katolickim lub po chrzcie zostali do niego przyjęci. Z kolei w kan. 1059 *Kodeks* wyraźnie zaznacza, że małżeństwo katolików, choćby jedna tylko strona była katolicka, podlega prawu kościelnemu. Ponadto w kan. 1671 *Kodeksu* określona została kompetencja trybunałów katolickich odnośnie małżeństw osób ochrzczonych⁵⁸. Pojawia się zatem pewien dysonans w relacji tej normy do kanonów 11 i 1059. Kanonista hiszpański J. Moreno wskazał, że w omawianej kwestii istnieje luka prawna albo przynajmniej milczenie ustawodawcy. Stąd odpowiedział on pewne rozwiązania,

⁵⁶ „Recognize that the decision as to whether or not to solemnize such a marriage in church after divorce rests with the minister (or officiating cleric if the minister is prepared to allow his/her church or chapel to be used for the marriage)” – *The Canons of the Church of England...*, s. 193.

⁵⁷ „Ustawom czysto kościelnym podlegają ochrzczeni w Kościele katolickim lub do niego przyjęci, którzy jednak posiadają wystarczające używanie rozumu oraz – jeśli ustawa czego innego wyraźnie nie zastrzega – ukończyły siódmy rok życia” – kan. 11, KPK/83.

⁵⁸ „Sprawy małżeńskie ochrzczonych, na podstawie prawa własnego, należą do sędziego kościelnego” – kan. 1671, KPK/83.

a mianowicie: sprawy małżeńskie ochrzczonych należą do prawa własnego, ale nie wyłącznego sędziego kościelnego⁵⁹.

Wobec takiej sytuacji art. 2–4 instrukcji procesowej *Dignitas connubii*, promulgowanej w dniu 25 stycznia 2005 r., zapełniły wszelkie luki prawne w materii rozstrzygania nieważności małżeństwa niekatolików w *Kodeksie* 1983 r. Art. 2–4 instrukcji procesowej, dotyczące rozstrzygania o nieważności małżeństwa niekatolików, wymagają uzasadnienia i wskazania trudności, jakie na gruncie działania procesowego może napotkać trybunał kościelny rozpatrując sprawy małżeńskie niekatolików. Artykuły 2–4 *Dignitas connubii* integralnie odwołują się do dekretu o ekumenizmie *Unitatis redintegratio*. Numery 16 i 19 dekretu nakazują uszanowanie prawa Kościołów odłączonych i zaznaczają, że opis prawa w przypadku chrześcijan schizmy zachodniej jest trudny⁶⁰.

Art. 3 § 2 instrukcji procesowej uprawnia do rozsądzania ważności małżeństw niekatolików ochrzczonych, w tym wiernych Kościoła anglikańskiego, przez sędziego kościelnego. Dzieje się tak, ilekroć należy stwierdzić wobec Kościoła katolickiego stan wolny akatolika. Pytanie o ochrzczonych dotyczy podstawy sądowej jurysdykcji kościelnej nad małżeństwem niekatolików ochrzczonych, na gruncie prawa naturalnego, jak również praktycznego działania procesowego. Kościół nie może odpowiedzieć negatywnie niekatolikom ochrzczonym i zawiesić swej działalności procesowej, gdy ci chcą udowodnić swój stan wolny, by móc zawrzeć małżeństwo ze stroną katolicką⁶¹.

2.5. Procedura dotycząca stwierdzenia stanu wolnego wiernych Kościoła anglikańskiego na forum Kościoła rzymsko-katolickiego

Dekrety Sygnatury Apostolskiej z lat 1990⁶² i 1993⁶³ w zakresie kompetencji Kościoła nad małżeństwami akatolików, zarówno ochrzczonych jak i nieochrzczonych, stawiają zdecydowany warunek: trzeba dowieść swój stan wolny przed Kościołem katolickim,

⁵⁹ Por. J. Moreno, *Matrimonios no canónicos y competencia de los tribunales eclesiásticos*, Madrid 2007, s. 89–91.

⁶⁰ „Ponadto Kościoły Wschodu już od samego początku kierowały się własnymi normami, ustalonymi przez Ojców Świętych i sobory, także powszechne. Jeżeli więc pewna różnorodność w obyczajach i zwyczajach wcale nie stoi na przeszkodzie jedności Kościoła, ale przydaje mu blasku i wiele wnosi do spełnienia jego posłannictwa, jak już wyżej wspomniano, Sobór święty dla uniknięcia wszelkich wątpliwości oznajmia, że Kościoły wschodu pomne na nieodzowną jedność całego Kościoła mają możliwość kierowania się własnymi normami (disciplina), jako bardziej zgodnymi z charakterem swoich wiernych i bardziej przydatnymi dla dobra ich dusz. całkowite przestrzeganie tej tradycyjnej zasady, której nie zawsze się trzymano, należy do tego, co jest bezwzględnie wymagane jako wstępny warunek przywrócenia jedności” – DE n. 16.

„Kościoły i Wspólnoty kościelne, które odłączyły się od Rzymskiej Stolicy Apostolskiej w czasie najcięższego bodaj na Zachodzie przełomu, zapoczątkowanego u schyłku średniowiecza czy też w późniejszych czasach, łączy z Kościołem katolickim szczególny związek i powinowactwo, ponieważ lud chrześcijański przez wiele minionych wieków żył we wspólnym Kościele” – DE n. 19.

⁶¹ Por. G.P. Montini, *Matrimonio tra acatolici di fronte al. Giudice ecclesiastico. Alcune note sull'art. 3 § 2 dell'istruzione Dignitas Connubii*, Periodica 2010, 99, s. 649.

⁶² Por. Prot. No. 21256/89, Acta Apostolicae Sedis 1992, 84, s. 549–550.

⁶³ Por. Prot. No. 23805/92, Ius Ecclesiae 1994, 6, s. 366.

aby móc zawrzeć małżeństwo ze stroną katolicką w Kościele katolickim⁶⁴. W przypadku, gdy mamy do czynienia z wiernym Kościoła anglikańskiego, który nie zawarł wcześniej małżeństwa w swoim Kościele, zasadnym wydaje się oczekiwanie na takie przedstawienie świadectwa chrztu, które będzie również zawierało informację o ewentualnych i uprzednich zawartych związkach małżeńskich. Jak widać po zawartych w artykule załącznikach, wydaje się to być naprawdę łatwą i wykonalną procedurą. Jeśli jednak mamy do czynienia z sytuacją, gdy wierny Kościoła anglikańskiego zawarł już uprzednio związek małżeński w Kościele, sprawa staje się bardziej złożona. Osoba ta, by udowodnić, a w tym wypadku bardziej stwierdzić swój stan wolny, musi dokonać tego na drodze procesowej, a więc ewentualnie wnieść skargę o nieważność swojego wcześniejszego małżeństwa. Zgodnie z kan. 11 *Kodeksu* z 1983 r. wierny Kościoła anglikańskiego nie podlega ustawom czysto kościelnym, a więc w konsekwencji zaskarżanie małżeństwa z kanonów dotyczących wady zgody pochodzących z prawa pozytywnego kościelnego jest w tym wypadku jest bezpodstawne.

Podstawą występowania akatolika przed Trybunałem Kościelnym w sprawie ważności swego małżeństwa z niekatolikiem jest ochrona prawna i szeroko pojmowany jej interes prawny. Dekret Sygnatury Apostolskiej z 1993 r. przypominał, iż prawo kanoniczne uznaje zdolność prawną małżonków, nawet niekatolickiego, w tym co dotyczy zaskarżenia swojego małżeństwa przed sędzią kościelnym. Potwierdzone zostało również, iż niekatolik w sytuacji, gdy chce zawrzeć małżeństwo ze stroną katolicką, ma interes prawny by wszcząć proces o stwierdzenie nieważności swojego uprzednio zawartego małżeństwa⁶⁵. Na co zatem wskazuje dekret i co też potwierdza instrukcja procesowa *Dignitas connubii*, w procesie tym sędzia kościelny postępuje zgodnie z przepisami prawa kanonicznego w tym, co dotyczy zasad proceduralnych⁶⁶.

3. Zakończenie

Stwierdzenie stanu wolnego wiernych Kościoła anglikańskiego jest kwestią złożoną. W sytuacji gdy wierny ten, chcąc zawrzeć małżeństwo ze stroną katolicką, zgłasza się do parafii katolickiej, należy z niezwykłą starannością i dokładnością rozpocząć badanie jego stanu wolnego. Nie można ograniczyć się jedynie do otrzymania świadectwa chrztu nawet z ewentualnym potwierdzeniem braku przeszkody węzła małżeńskiego. Doktryna Kościoła anglikańskiego uznaje bowiem, praktycznie w każdym przypadku,

⁶⁴ „Attento quod ad normam iuris constare deber de libero statu contrahentium, quod coram Ecclesia catholica matrimonium petunt, quam ob rem Ecclesia ius habet et officium de re videnti (cfr. cann. 1066, 1085 § 2, 1113–1114)” – Prot. No. 23805/92, *Ius Ecclesiae* 1994, 6, s. 366.

⁶⁵ „Perpenso etiam quod ius processuale canonicum agnoscit habilitatem coniugum etiam non catholicorum impugnandi matrimonium coram iudice ecclesiastico (cfr. can. 1674, n. 1, coll. cum can. 1476), quodque huiusmodi coniux „interesse” ad rem requistum (cfr. can. 1501) sine dubio habet, si novum matrimonium cum parte catholica coram Ecclesia catholica inire intendit” – Prot. No. 23805/92, *Ius Ecclesiae* 1994, 6, s. 366.

⁶⁶ „Et perspecto quod iudex ecclesiasticus in casu ad normam iuris canonici procedere debet” – Prot. No. 23805/92, *Ius Ecclesiae* 1994, 6, s. 366.

ważność rozwodów. Zatem inaczej też interpretują oni określenie, jak i stwierdzenie stanu wolnego wiernego.

* * *

The Declaration of being Free to Marry Granted by the Church of England in the Light of the Roman Catholic Church Canon Law

The legal grounds for marriage annulment in canon law of the Church of England and the Roman Catholic Church are presented in this article. The author points out that these legal grounds have broader scope within canon law of the Church of England rather than the Roman Catholic Church. Afterwards, the issue of recognition of marriage annulment ruled on the ground of the Anglican Canon law in the light of permissibility of entering into new marriage under the Roman Catholic Church law is analyzed. In conclusion, such recognition is deemed to be fully acceptable.

Key words: declaration of being free to marry, the Church of England, marriage annulment